

Les conditions d'octroi des mesures provisionnelles en matière de propriété intellectuelle et de concurrence déloyale

RALPH SCHLOSSER*

I. Conditions formelles

1. Compétence
2. Légitimations active et passive
3. Formulation des conclusions

II. Conditions matérielles

1. Atteinte illicite (actuelle ou imminente)
2. Dommage difficilement réparable

III. Proportionnalité

1. Principe de l'adéquation
2. Principe de la nécessité
3. Proportionnalité stricto sensu

IV. Urgence (péremption)

1. Remarques liminaires
2. Les conditions de la péremption
3. Point de départ
4. Durée du délai de péremption
5. Mesures préprovisionnelles: urgence qualifiée

V. Sûretés

1. Sûretés du requérant
2. Sûretés de l'intimé

Résumé / Zusammenfassung

En cas de violation de droits de propriété intellectuelle, comme en présence d'actes de concurrence déloyale, il est souvent décisif que le lésé puisse réagir rapidement. S'il doit attendre deux ans ou davantage¹ jusqu'à ce qu'un tribunal, au terme d'un procès ordinaire, lui donne gain de cause, il est fréquemment trop tard pour que son dommage puisse être réparé à satisfaction².

C'est pour pallier cet inconvénient que le législateur a instauré l'institution des mesures provisionnelles. Si les conditions légales sont réunies dans le cas particulier, le requérant obtient une décision après un laps de temps réduit. La décision n'est toutefois que provisoire, en ce sens qu'elle devra être suivie d'un procès principal où les questions soumises au juge des mesures provisionnelles seront réexaminées d'une manière plus approfondie.

En matière de propriété intellectuelle et de concurrence déloyale, les mesures provisionnelles font l'objet d'une réglementation spécifique. Dans les grandes lignes, l'on est en présence d'un régime uniforme, qui permet de dégager des principes communs aux différents domaines, d'autant que les révisions de ces dernières années ont conduit à une harmonisation grandissante³.

Les mesures provisionnelles se distinguent des procès ordinaires avant tout en quatre points. Premièrement,

En matière de propriété intellectuelle et de concurrence déloyale, il est très fréquent que le lésé soit amené à requérir des mesures provisionnelles. La jurisprudence et les avis de doctrine sont dès lors abondants en la matière. Il a paru utile d'en donner un aperçu détaillé, agrémenté parfois de prises de position personnelles. Les différentes conditions d'octroi des mesures provisionnelles sont ainsi passées en revue. Principalement, le requérant doit rendre vraisemblable d'une part l'existence d'une atteinte illicite – actuelle ou imminente – à ses droits et, d'autre part, la présence d'un dommage difficilement réparable. En outre, la mesure doit être conforme au principe de la proportionnalité et n'être pas requise tardivement. Enfin, s'il admet la requête, le juge l'assortira en règle générale d'une invitation faite au requérant de verser des sûretés.

* Docteur en droit, LL.M., avocat à Lausanne. Texte remanié d'une conférence donnée dans le cadre d'un séminaire organisé par le LES-CH et qui s'est tenu à Lausanne le 23 septembre 2004 à propos de «La propriété intellectuelle dans le procès civil».

¹ En matière de propriété intellectuelle, les procès au fond sont souvent particulièrement longs: V. PELET, Réglementation fédérale des mesures provisionnelles et procédure civile cantonale contentieuse, Lausanne 1986, 2; L. DAVID, Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, SIWR I/2, 2^e éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998, 167.

² R. VON BÜREN/E. MARBACH, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2^e éd., Berne 2002, n. 903.

³ En particulier, on observe que les art. 28c à 28f CC, qui régissent les mesures provisionnelles dans le domaine des droits de la personnalité, sont déclarés applicables soit purement et simplement (art. 14 LCD), soit par analogie, en complète-

ment de la réglementation de la loi spéciale (art. 65 al. 4 LDA, art. 59 al. 4 LPM, art. 38 al. 3 LDes).

In Sachen geistiges Eigentum und unlauterer Wettbewerb ist es äusserst häufig, dass der Geschädigte sich veranlasst sieht, provisorische Massnahmen zu beantragen. Die diesbezüglichen Rechtsprechungen und Doktrinen sind denn auch zahlreich. Es erschien deshalb nützlich, einen detaillierten Überblick zu verschaffen, zum Teil versehen mit persönlichen Stellungnahmen. Die verschiedenen Bedingungen zur Gewährung von provisorischen Massnahmen wurden sodann dargelegt. Insbesondere muss der Antragsteller glaubhaft darlegen, dass einerseits eine unerlaubte Beeinträchtigung – aktuell und unmittelbar – seiner Rechte und, andererseits, ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil gegeben sind. Sodann muss die Massnahme dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechen und darf nicht zu spät beantragt worden sein. Schliesslich wird der Richter, wenn er den Antrag auf provisorische Massnahmen gutheisst, diesen in der Regel mit der Pflicht zur Sicherheitsleistung durch den Antragsteller versehen.

afin d'assurer une instruction plus rapide, le juge se contente de ce que les prétentions du requérant soient rendues vraisemblables, sans exiger de preuve stricte. En contrepartie, et c'est là une deuxième caractéristique des mesures provisionnelles, le requérant doit rendre vraisemblable qu'en l'absence de décision à brève échéance, il en résulterait pour lui un dommage difficilement réparable⁴. Troisièmement – et cet aspect constitue également une contrepartie du régime probatoire favorable au requérant – le juge lui impartit, dans le prononcé de mesures provisionnelles, un délai pour intenter une action au fond. Quatrièmement – ultime cautèle censée contrebalancer les risques liés à une prise de décision sommaire – le requérant peut devoir dédommager l'intimé si le juge du fond rejette l'action; des sûretés lui sont en règle générale réclamées en vue de garantir le paiement des dommages-intérêts éventuels.

Les mesures provisionnelles sont ainsi soumises à un certain nombre de conditions spécifiques. L'on peut distinguer les conditions formelles d'une part (I) et les conditions matérielles d'autre part (II).

I. Conditions formelles

1. Compétence

C'est une évidence: le lésé doit adresser sa requête à la bonne autorité. A mon avis, comme toutes les questions soumises au juge des mesures provisionnelles, celles relatives à la compétence doivent être examinées sous l'angle de la vraisemblance⁵.

En premier lieu, la compétence doit être donnée du point de vue du for⁶. Dans les affaires internationales, il y aura lieu de consulter la loi sur le droit international privé et les traités internationaux⁷. En matière interne, la problématique relève de la loi fédérale sur les fors; la violation des

droits de propriété intellectuelle et les actes de concurrence déloyale sont régis par l'art. 25 de cette loi⁸, qui est également applicable en matière de mesures provisionnelles (art. 33 LFors).

En second lieu, le tribunal saisi doit également être compétent d'un point de vue matériel. Les lois de propriété intellectuelle prévoient à cet égard une instance cantonale unique, indépendamment de la valeur litigieuse (art. 64 al. 3 LDA, art. 58 al. 3 LPM, art. 76 LBI, art. 37 LDes). En matière de concurrence déloyale, la compétence résulte des règles cantonales de procédure⁹; en cas de connexité avec un litige impliquant la violation de droits de propriété intellectuelle, les conclusions relatives à la concurrence déloyale peuvent cependant également être portées devant l'instance cantonale unique (art. 12 al. 2 LCD).

2. Légitimations active et passive

Les légitimations active et passive n'ont pas à être prouvées; il suffit que

⁴ BezGer Zürich, sic! 1997, 399 consid. 1c (Verein Ms/MS AG): «Das Erfordernis des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteiles stellt [...] ein Korrelat dar zu den relativ tiefen Anforderungen an den Nachweis des durch die vorsorgliche Massnahme zu schützenden materiellrechtlichen Anspruchs».

⁵ Sur la notion de vraisemblance, cf. *infra* ch. II/1/a et II/1/b.

⁶ D. ALDER, *Der einstweilige Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht*, Berne 1993, 71 ss.

⁷ Voir M. NOVIER, *La propriété intellectuelle en droit international privé suisse*, Genève 1996, passim; F.-J. DANTHE, *Le droit international privé suisse de la concurrence déloyale*, Genève 1998, passim.

⁸ Y. DONZALLAZ, *Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile*, Berne 2001, LFors 25 N 9; F. ROMERIO, in: T. Müller/M. Wirth (éd.), *Gerichtsstandsgesetz*, Zurich 2001, LFors 25 N 12.

⁹ ALDER (n. 6), 76.

¹⁰ DAVID (n. 1), 189; PELET (n. 1), 166; ALDER (n. 6), 68. *Contra*: C. ENGLERT, Materiellemente begründete Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen gemäss Art. 77 Patentgesetz, RSJ 1970, 370 s.; M. J. LUTZ, Die vorsorgliche Massnahme, in: Kernprobleme des Patentrechts, Festschrift zum einhundertjährigen Bestehen eines eidgenössischen Patentgesetzes, Berne 1988, 335; D. P. RUBLI, Vorsorgliche Massnahmen, in: C. Bertschinger/P. Münch/T. Geiser (éd.), Schweizerisches und europäisches Patentrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis tome VI, Bâle/Genève/Munich 2002, n. 16.76 n. 229 (ces derniers auteurs estiment que la qualité pour agir doit faire l'objet d'une preuve stricte). Casuistique: OGER Luzern, sic! 1997, 458 (Live Dance): la qualité pour agir est vraisemblable dans un cas où la question litigieuse est débattue en doctrine (in casu la question de la légitimation active du preneur de licence dans une licence de droit d'auteur) et qu'il ne peut pas être exclu d'emblée que la légitimation active existe. A dire vrai, le seuil des exigences en termes de vraisemblance me semble ici fixé trop bas (cf. *infra* ch. II/1/b).

¹¹ A. GLOOR, Vorsorgliche Massnahmen im Spannungsfeld von Bundesrecht und kantonalem Zivilprozessrecht, Zurich 1982, 162.

¹² ALDER (n. 6), 69.

¹³ Ainsi, l'art. 72 al. 2 LBI prévoit qu'en présence d'une demande de brevet soumise à l'examen préalable, le requérant a la légitimation active dès la publication de la demande de brevet s'il fournit des sûretés équitables.

¹⁴ L'Obergericht du canton de Lucerne va en revanche trop loin lorsqu'il affirme qu'en matière de mesures provisionnelles, l'existence du droit à la marque est rendu suffisamment vraisemblable lorsque la marque a été déposée, même si elle n'est pas encore enregistrée: sic! 2000, 804 consid. 3 (ecotherm.ch) suivi d'une note critique de MÜLLER. Certes, le tribunal lucernois a fondé sa décision sur le fait qu'il «*était parfaitement possible que la marque soit enregistrée pendant la durée de la procédure provisionnelle*». Mais il ne suffisait pas d'invoquer cette possibilité; encore fallait-il vérifier si l'enregistrement avait effectivement été effectué en l'espèce.

¹⁵ HGer Zürich, sic! 1997, 208 consid. II.2.1 (Erythropoietin II), où il est précisé que la protection provisionnelle peut être accordée à partir de la délivrance du brevet, même s'il est encore possible d'intenter un recours ou de former opposition contre cette délivrance.

¹⁶ ALDER (n. 6), 70.

¹⁷ Voir les auteurs cités par ALDER (n. 6), 64 n. 82 et 83; GLOOR (n. 11), 117 (pour qui telle est l'opinion dominante en 1982).

le requérant les rende vraisemblables¹⁰.

La légitimation active appartient ainsi à celui qui rend vraisemblable qu'il réunit les conditions de la loi pour s'en prendre à l'auteur d'une atteinte¹¹. S'agissant de marques, de brevets et de designs, la protection présuppose la délivrance ou l'enregistrement, en sorte que le simple dépôt ne suffit pas à fonder la qualité pour agir¹², sauf dans les cas où le contraire résulte de la loi¹³. Il faut noter cependant qu'il suffit que la qualité pour agir existe au moment du prononcé: s'il est procédé à l'enregistrement entre le moment de l'in-

roduction de la requête et celui où le juge se prononce, la qualité pour agir doit être reconnue, car les droits accordés rétroagissent au moment du dépôt¹⁴. Quoi qu'il en soit, il n'est pas nécessaire que la délivrance ou l'enregistrement soient définitifs pour que la légitimation active soit reconnue¹⁵.

La légitimation passive existe lorsqu'il est rendu vraisemblable que l'intimé a commis l'un des actes réprimés par les lois invoquées, y compris s'il l'a fait en tant qu'instigateur ou complice¹⁶.

3. Formulation des conclusions

Certains auteurs estiment qu'en matière de mesures provisionnelles, il suffit que le requérant formule des conclusions de nature générale et décrive l'objectif poursuivi, laissant au juge le soin, le cas échéant, de préciser ce qui mérite de l'être¹⁷. La doctrine majoritaire et la jurisprudence adoptent cependant une position plus stricte: les conclusions doivent être précises¹⁸; les conclusions trop vagues doivent être déclarées irrecevables et ne peuvent être corrigées par le juge¹⁹. Cette sévérité est à saluer, ne serait-ce qu'en raison de la responsabilité qu'en court le requérant pour le cas où les mesures se révéleraient infondées par la suite (cf. art. 28f CC et 80 LBI)²⁰: il appartient en bonne logique au requérant – et non au juge – de décider s'il est prêt à assumer le risque lié à des conclusions qui pourraient s'avérer injustifiées au terme du procès au fond.

Pour qu'une conclusion soit suffisamment précise, il faut qu'elle soit concrète et que l'on puisse en déduire sans équivoque ce que le requérant souhaite obtenir²¹. La conclusion doit pouvoir être reprise telle quelle dans le dispositif du prononcé et celui-ci, de son côté, doit pouvoir faire l'objet d'une exécution forcée sans que le juge de l'exécution n'ait à procéder à un examen matériel du cas²². N'est pas admissible, en parti-

¹⁸ J. J. ZÜRCHER, Der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich, Einstweiliger und definitiver Rechtsschutz für immaterialgüter- und wettbewerbsrechtliche Ansprüche im summarischen Verfahren, Zurich 1998, 120.

¹⁹ Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, sic! 2002, 258 consid. 7 (Werbekonzert), qui précise qu'il peut tout au plus en aller autrement (pouvoir de correction du juge) si le requérant n'est pas assisté d'un homme de loi. Dans ce cas, il faudra toutefois exiger que le juge interpelle préalablement le requérant: ALDER (n. 6), 128 s. Sur l'irrecevabilité comme sanction de l'imprécision: D. ASCHMANN, Ein Unterlassungsbegehren muss so formuliert sein, dass das Verbot ohne nochmalige materielle Prüfung vollstreckt werden kann, in: Binsenwahrheiten des Immaterialgüterrechts, Festschrift für Lucas David, Zurich 1996, 289; RUBLI (n. 10), N 16.16.

²⁰ ALDER (n. 6), 64 et 128; ZÜRCHER (n. 18), 120.

²¹ ZÜRCHER (n. 18), 120; DAVID (n. 1), 81.

²² ATF 97 II 92; DAVID (n. 1), 80; K. TROLLER, Manuel du droit suisse des biens matériels, tome II, 2e éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996, 1010; P.-A. KILLIAS, La mise en œuvre de la protection des signes distinctifs, Lausanne 2002, N 495; RUBLI (n. 10), N 16.11. Casuistique: Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, sic! 2002, 258 consid. 7 (Werbekonzert): des conclusions tendant à ce qu'il soit fait «*interdiction à l'intimé de fabriquer, d'utiliser ou de mettre en circulation d'une autre manière des prospectus, listes de prix ou documents équivalents qui s'inspirent des projets, concepts publicitaires ou pièces semblables de la requérante, les imitent ou les reprennent*» sont trop indéterminées et doivent dès

culier, une conclusion qui comprend une notion juridique²³, telle une référence au risque de confusion²⁴. En outre, il ne suffit pas de reproduire, dans une conclusion, le texte légal; encore faut-il que l'état de fait du cas d'espèce s'y trouve reflété²⁵. Il est vrai qu'une conclusion par trop limitée aux circonstances litigieuses rend son contournement plus aisé²⁶, en sorte que le plaideur prudent rédigera des conclusions comprenant à la fois une partie inspirée du comportement précis de l'intimé et une partie plus générale²⁷.

En vertu du principe de disposition, le juge ne peut aller au-delà des conclusions ni prononcer autre chose²⁸. En revanche, il peut allouer moins que ce qui est requis²⁹.

II. Conditions matérielles

Les mesures provisionnelles supposent avant tout la réunion de deux conditions, que le requérant doit rendre vraisemblables (art. 28c al. 1 CC, 65 al. 1 LDA, 59 al. 1 LPM, 77 al. 2 LBI, 38 al. 1 LDes):

- l'existence d'une atteinte illicite (actuelle ou imminente);
- un dommage difficilement réparable.

Certains auteurs recommandent d'examiner en premier lieu la question du dommage difficilement réparable, qui constituerait une condition de recevabilité de la requête, et dans un second temps seulement la problématique de l'atteinte³⁰. Il semble toutefois plus juste de voir dans l'exigence d'un préjudice difficile à réparer une condition d'admission de la requête plutôt qu'une condition de recevabilité, ce qui permet d'examiner les conditions matérielles dans un ordre plus logique, en se penchant en premier lieu sur la question de la violation des droits du requérant pour passer dans une seconde étape à l'analyse du dommage difficilement réparable³¹.

1. Atteinte illicite (actuelle ou imminente)

a) *Vraisemblance des faits*

Etant donné la nature de l'instruction provisionnelle, qui suppose que le juge parvienne rapidement à une décision³², le requérant n'a pas à apporter la preuve stricte de ce qu'il avance; il peut se contenter de rendre ses prétentions vraisemblables (art. 65 al. 1 LDA, 59 al. 1 LPM, 77 al. 2 LBI, 38 al. 1 LDes)³³. Concrètement, cette réduction des exigences probatoires signifie que le juge n'a pas à être persuadé de l'existence des faits allégués, mais qu'il suffit que, sur la base d'éléments objectifs, il acquière l'impression d'une certaine probabilité de l'existence des faits pertinents, sans pour autant qu'il doive exclure la possibilité qu'ils aient pu se dérouler autrement³⁴. Le juge doit à tout le moins attribuer une probabilité plus grande à la survenance des faits qu'à leur contraire³⁵. Il ne suffit cependant pas que les prétentions du requérant apparaissent comme simplement défendables³⁶.

De simples allégations ne suffisent pas à fonder la vraisemblance³⁷. Il faut au contraire que les faits pertinents soient corroborés par les moyens de preuve offerts. Font seuls exception les faits notoires, les circonstances relevant de l'expérience générale de la vie, les présomptions légales et les aveux³⁸.

lors être rejetées, car l'exécution forcée d'une telle mesure d'interdiction ne peut se faire sans examiner le point de savoir s'il y a imitation ou reprise.

²³ ASCHMANN (n. 19), 293.

²⁴ HGer Zürich, RSPI 1996, 454 consid. 1 (Globus). Voir aussi P. DIGGELMANN, Unterlassungsbegehren im Immaterialgüterrecht, RSJ 1992, 27.

²⁵ ZÜRCHER (n. 18), 122-124 et les nombreux exemples cités. Casuistique récente: KGer Basel-Landschaft, sic! 2004, 298 consid. 4c (Baupläne): des conclusions tendant simplement à ce qu'il soit fait interdiction à l'intimé «de continuer à

violer les droits du requérant» doivent être rejetées, car il n'en ressort pas quel comportement concret doit être prohibé; TF, INGRES News 2/05, 5 (Sammelhefter): les conclusions qui se contentent pour l'essentiel de reproduire le texte de la revendication du brevet prétendument contrefait ne sont pas suffisantes pour décrire le comportement devant être interdit et doivent dès lors être rejetées.

²⁶ ZÜRCHER (n. 18), 124; DAVID (n. 1), 81; RUBLI (n. 10), N 16.13.

²⁷ P. HEINRICH, Schweizerisches Patentgesetz – Europäisches Patentübereinkommen, Zurich 1998, N 72.12; F. BLUMER, Patentverletzungsprozess, in: C. Bertschinger/P. Münch/T. Geiser (éd.), Schweizerisches und europäisches Patentrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis Band VI, Bâle/Genève/Munich 2002, N 17.92, qui donne l'exemple suivant: «Interdiction est faite au défendeur de fabriquer, de vendre, de mettre en circulation, [...], des cadres de fenêtre présentant [les caractéristiques techniques X, Y, Z], en particulier les cadres de fenêtres commercialisés par le défendeur sous la désignation XY».

²⁸ ALDER (n. 6), 63; I. MEIER, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Zurich 1983, 248.

²⁹ ALDER (n. 6), 128; BLUMER (n. 27), N 17.90; ZÜRCHER (n. 18), 258. Casuistique: Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, sic! 1997, 41 consid. 5.2.3 (Elefantenjagd): en présence de conclusions tendant à ce que l'intimée enlève les affiches déjà placardées, le juge peut ordonner à l'intimée d'inviter les sociétés d'affichage de procéder à l'enlèvement des affiches litigieuses.

³⁰ ALDER (n. 6), 82 et les références citées à n. 167; C. BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht, Bâle/Genève/Munich 2001, LCD 14 N 21. Dans ce sens: AppHof Bern, sic! 2003, 976 consid. D.1 (Pure Red Cell Aplasia I).

³¹ ZÜRCHER (n. 18), 111.

³² ALDER (n. 6), 100.

³³ TF, sic! 1997, 408 consid. 3b (Erythroproietin IV).

³⁴ ATF 129 III 426 consid. 3.1 (Unclean hands); TF, sic! 2003, 327 consid. 2.4 (Ben Laden: La vérité interdite); ATF 104 Ia 408 consid. 4.

³⁵ DAVID (n. 1), 188; AppHof Freiburg, sic! 2000, 114 consid. 6a (Förderanlage).

³⁶ *Contra*: AppHof Freiburg, sic! 2000, 114 consid. 6a (Förderanlage) (qui se réclame sur ce point fausement de DAVID, lequel ne va pas aussi loin).

³⁷ ATF 129 III 426 consid. 3.3 (Unclean hands); RUBLI (n. 10), n. 16.78; J.-M. REYMOND, Art. 17 LCart, in: P. Terrier/C. Bovet (éd.), Commentaire romand, Droit de la concurrence, Bâle 2002, LCart 17 N 54 et les références citées.

³⁸ ZÜRCHER (n. 18), 57 ss.

³⁹ ZÜRCHER (n. 18), 82.

⁴⁰ Voir à ce propos PELET (n. 1), 49 s.; DAVID (n. 1), 188.

⁴¹ ATF 108 II 69 consid. 2.

⁴² TF, RSPI 1990, 174 consid. 2b (Vogue): «[...] dans le cadre des mesures provisionnelles, [le juge] doit donner raison à celui dont la position au fond ne se révèle pas dénuée de chances de succès, sur la base d'un examen sommaire des questions de droit»; ATF 108 II 69 consid. 2.

⁴³ DAVID (n. 1), 188; ALDER (n. 6), 118; ZÜRCHER (n. 18), 68 s. et 86; GLOOR (n. 11), 55.

⁴⁴ ALDER (n. 6), 118 s.; ZÜRCHER (n. 18), 84 s.; U. SCHENKER, Die vorsorgliche Massnahme im Lauterkeits- und Kartellrecht, Zurich 1985, 52 s. (qui réserve les affaires particulièrement complexes, p. ex. en matière de droit des cartels).

⁴⁵ ALDER (n. 6), 119.

⁴⁶ ZÜRCHER (n. 18), 84.

⁴⁷ ALDER (n. 6), 119: «Subjektiv wird der Massnahmerichter auch bei summarischer Prüfung der Rechtsfragen obnehin aus seiner vollen Überzeugung entscheiden, sodass sich sein Vorgehen kaum von der normalen richterlichen Beurteilungstätigkeit unterscheiden wird».

⁴⁸ ZÜRCHER (n. 18), 85. A vrai dire, on n'aura probablement pas non plus une telle attente face au juge du fond!

⁴⁹ ZÜRCHER (n. 18), 85 s. Voir cependant KGer St. Gallen, sic! 1997, 309 consid. 5e (Pulverbeschichtungsanlage II): le juge des mesures provisionnelles peut, lorsqu'une question est controversée en doctrine, se ranger à l'une ou l'autre des opinions en présence (le tribunal sous-entend apparemment: «même sans examen approfondi de la question»). Voir aussi DAVID (n. 1), 188, qui craint qu'un examen *trop* sommaire par le juge lui permette de se fonder sur des opinions minoritaires.

⁵⁰ C'est pourtant ce qu'a fait le Tribunal d'appel de Berne, qui a estimé, sur la foi d'un examen sommaire des questions de droit, que l'admission de la requête qui lui était soumise, et qui était fondée sur l'art. 5 LCD, «ne dépendait pas exclusivement du point de savoir si [...] les documents constituaient des secrets de fabrication ou d'affaires» (sic! 2004, 125 consid. 9). En réalité, la question fait l'objet d'une controverse: le Tribunal fédéral estime que l'art. 5 LCD peut s'appliquer même si le résultat du travail n'est pas secret (sic! 1999, 300 consid. 2g [Sienna II]), alors que la doctrine est d'un avis contraire (I. CHERPILLOD, note de jurisprudence, sic! 1999, 302 s.; BAUDENBACHER [n. 30], LCD 5 N 31). Que l'on me comprenne bien: le tribunal pouvait légitimement adopter l'une ou l'autre des positions en présence; mais il ne pouvait *se passer* d'examiner la question.

b) *Vraisemblance du droit*

Au contraire de ce qui est de mise s'agissant des faits, le requérant n'a pas à rendre vraisemblable que sa position est justifiée en droit; à l'instar des procès ordinaires, les procédures provisionnelles sont en effet régies par le principe *iura novit curia*³⁹.

Ici, la question est ailleurs et revient à se demander si le juge doit s'adonner à un examen complet des aspects juridiques du dossier ou s'il peut se contenter d'une analyse sommaire. Débattue en doctrine⁴⁰, la question a été tranchée par le Tribunal fédéral dans le sens qu'un examen sommaire suffit⁴¹.

Le Tribunal fédéral ne s'est cependant pas contenté de poser comme suffisant l'examen sommaire. Il a ajouté que le droit était établi à satisfaction lorsque, après pareil examen sommaire des questions juridiques, la position du requérant n'apparaissait pas vouée à l'échec⁴². Ce critère est rejeté massivement par la doctrine comme fixant un seuil trop bas en termes de vraisemblance du droit⁴³. Cette critique me paraît justifiée: on ne saurait admettre une requête de mesures provisionnelles, dont les conséquences pour l'intimé sont souvent très incisives, en s'appuyant sur un fondement juridique aussi fragile.

La plupart du temps, il devrait en vérité être possible au juge de pro-

céder à un examen relativement poussé des questions de droit, sans que le caractère sommaire de l'instruction ne soit de nature à y faire obstacle⁴⁴. De fait, en matière de propriété intellectuelle, le recours à une instance cantonale unique assure le concours de juges familiers avec la matière⁴⁵. De toute façon, on voit mal le magistrat rendre sciemment un jugement «light»⁴⁶. Sa conscience professionnelle lui dictera au contraire d'examiner les questions de droit de la manière la plus complète possible⁴⁷. Bien entendu, on n'attendra pas du juge des mesures provisionnelles qu'il vérifie les références faites par les parties à de la doctrine étrangère⁴⁸. En outre, on admettra qu'il se fie à la doctrine dominante et qu'il réserve d'éventuels changements de jurisprudence à la procédure ordinaire⁴⁹. En revanche, il ne paraît guère admissible que le juge des mesures provisionnelles, sous le couvert du caractère sommaire de l'examen des questions de droit, élude certains aspects décisifs du cas, tel le point de savoir si l'art. 5 LCD suppose ou non que l'on soit en présence d'un secret économique⁵⁰.

c) *Fardeau de la «preuve»*

En mesures provisionnelles, le fardeau de la «preuve» se répartit, comme dans le procès au fond, en conformité de l'art. 8 CC⁵¹. Ainsi, en présence de faits négatifs, on exigera de l'intimé, comme dans une procédure ordinaire, qu'il collabore à l'évaluation de l'état de fait concerné⁵².

Il découle en outre de l'art. 8 CC que c'est à l'intimé de rendre vraisemblables les éventuelles objections qu'il entend invoquer aux fins de faire obstacle aux prétentions du requérant⁵³. Il en va singulièrement ainsi du grief de nullité de la marque, du brevet ou du design sur lequel le requérant fonde sa réclamation⁵⁴; alors que la doctrine et la jurisprudence exigeaient en son temps la preuve stricte de la nullité⁵⁵, on admet

⁵¹ OGer Luzern, sic! 1997, 458 consid. 10.1 (Live Dance); ALDER (n. 6), 102; RUBLI (n. 10), n. 16.76 n. 229; P. TERRIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zurich 1984, n. 1116.

⁵² Voir ZÜRCHER (n. 18), 65. A propos de la preuve de faits négatifs en général, voir H. SCHMID, Art. 8 ZGB – Überblick und Beweislast, in: La preuve dans le procès civil, Berne 2000, 27.

⁵³ ATF 129 III 426 consid. 3.1 (Unclean hands); TF, sic! 1999, 655 consid. 2a (Fluoxetin); ALDER (n. 6), 102.

⁵⁴ KGer Freiburg, sic! 2001, 815 consid. 3a/bb (Swiss Klima); HGer Zürich, RSPI 1992, 253 consid. II.1 (PR-Lagersystem I).

⁵⁵ Voir GLOOR (n. 11), 163 et références citées à n. 107. C'est la position défendue

aujourd'hui qu'une simple vraisemblance suffit⁵⁶. En principe, la nullité d'un brevet sera rendue vraisemblable si telle est la conclusion à laquelle parvient l'expert mis en œuvre dans le cadre de la procédure provisionnelle⁵⁷.

d) *Risque de commission de l'atteinte*

aa) Les principes

Suivant la loi concernée, le requérant doit rendre vraisemblable qu'il «*subit ou risque de subir une violation*» de ses droits (art. 65 al. 1 LDA, 59 al. 1 LPM, 38 al. 1 LDes), qu'il «*est l'objet d'une atteinte illicite, imminente ou actuelle*» (art. 28c al. 1 CC, par renvoi de l'art. 14 LCD) ou que «*la partie adverse a commis ou a l'intention de commettre un acte contraire à la présente loi*» (art. 77 al. 2 LBI). En dépit des formulations divergentes, le principe est le même: le requérant doit rendre vraisemblable non seulement que le comportement (actuel ou futur) de l'intimé est contraire au droit, mais encore qu'il existe un risque que l'intimé adopte, poursuive ou reprenne effectivement le comportement incriminé dans un proche avenir.

Si l'atteinte n'a pas encore eu lieu, le requérant doit rendre vraisemblable l'imminence d'une première violation de ses droits; lorsque le comportement litigieux a déjà eu lieu, le requérant doit rendre vraisemblable l'existence d'un risque de réitération⁵⁸. Dans les deux cas, le risque doit exister au moment où le juge rend sa décision⁵⁹.

Pour la majorité des tribunaux et des auteurs, cette exigence participe de la problématique de l'intérêt juridiquement protégé et constitue dès lors une condition de recevabilité⁶⁰. Avec SCHENKER⁶¹ et ZÜRCHER⁶², je pense qu'il est plus juste d'y voir une condition de droit matériel, dont l'absence conduit non pas à l'irrecevabilité mais au rejet de la requête.

bb) *Eléments susceptibles de fonder la vraisemblance du risque de commission de l'atteinte*

Il y a lieu de distinguer trois hypothèses: 1° celle où l'atteinte n'a pas encore eu lieu; 2° celle où l'atteinte a eu lieu et perdure; 3° celle où l'atteinte a eu lieu et a cessé, mais où l'on craint qu'elle se reproduise.

aaa) *L'atteinte n'a pas encore eu lieu*

Le requérant doit ici rendre vraisemblable qu'il risque de faire l'objet, dans un proche avenir, d'une (première) violation de ses droits (LDA, LPM, LBI, LDes) ou d'une (première) entrave à la concurrence loyale (LCD). A cet égard, la simple possibilité d'une atteinte illicite ne suffit pas; il faut au contraire que l'on doive sérieusement craindre qu'elle se produise⁶³. Ce risque doit être établi à l'aide d'éléments concrets⁶⁴ dont on peut inférer l'intention de l'intimé⁶⁵, tels que l'octroi de mandats publicitaires, l'apparition à une foire, la demande d'une autorisation de commercialisation (p.ex. pour un médicament), l'envoi d'offres à des clients potentiels ou la passation de commandes auprès de fournisseurs⁶⁶. La promesse expresse de l'intimé de ne pas commettre l'atteinte dont le requérant affirme craindre la survenance peut conforter le juge dans l'impression que le risque n'est pas vraisemblable⁶⁷.

bbb) *L'atteinte a eu lieu et perdure*

Dans ce cas de figure (le requérant conclut ici à la cessation du trouble), il suffit que le requérant rende vraisemblable que le comportement incriminé a eu lieu et qu'il perdure⁶⁸.

ccc) *L'atteinte a eu lieu et a (momentanément) cessé*

Pour les procès au fond⁶⁹, le Tribunal fédéral a posé la règle suivante: lorsque la survenance d'une atteinte est prouvée, le risque de réitération est en règle générale présumé aussi longtemps que le défendeur se refuse à

admettre les prétentions du demandeur⁷⁰. Le fait que le défendeur ait mis fin au comportement litigieux n'y change rien, tant que le défendeur conteste l'illicéité de ses agisse-

notamment par A. TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, Band II, 3^e éd. Bâle et Francfort-sur-le-Main 1985, 1069. Voir aussi les considérations nuancées de LUTZ (n. 10), 335 ss.

⁵⁶ TF, sic! 1997, 408 consid. 3b (Erythropoietin IV); ALDER (n. 6), 103 s.; ZÜRCHER (n. 18), 71 s.; RUBLI (n. 10), n. 16.98 (qui précise que la nullité ne peut être invoquée que sous forme d'exception et non faire l'objet d'une conclusion reconventionnelle).

⁵⁷ OGer Zug, sic! 1997, 405 consid. 5 (Erythropoietin III). Il peut en aller différemment en présence d'un brevet suisse n'ayant pas fait l'objet d'un examen préalable, où l'on imagine des cas où la preuve de la nullité peut être rapportée plus facilement (voir a *contrario*: HGer Zürich, sic! 1997, 208 consid. IV.4.1 – Erythropoietin II), p.ex. en produisant des documents démontrant le défaut de nouveauté.

⁵⁸ ALDER (n. 6), 97.

⁵⁹ ATF 109 II 338 consid. 3; HGer St. Gallen, sic! 2003, 609 consid. 4c.bb (Mini-Berlusconi); HGer Aargau, sic! 2002, 353 consid. 4a (Jet Reactor).

⁶⁰ ATF 116 II 357 consid. 2a; ATF 97 II 97 consid. 5b; HGer Aargau, sic! 2002, 353 consid. 4a (Jet Reactor); OGer Luzern, sic! 2003, 606 consid. 8 (Rasenmäher Ambrogio); ALDER (n. 6), 96; RUBLI (n. 10), n. 16.60; BLUMER (n. 27), N 17.57.

⁶¹ SCHENKER (n. 44), 35 s.

⁶² ZÜRCHER (n. 18), 110 s. et 164.

⁶³ ATF 109 II 338 consid. 3; ALDER (n. 6), 99.

⁶⁴ RUBLI (n. 10), n. 16.37.

⁶⁵ ALDER (n. 6), 100.

⁶⁶ ALDER (n. 6), 100; C. WILLI, *MSchG, Markenschutzgesetz, Das schweizerische Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts*, Zurich 2002, LPM 55 N 19 et les références citées; L. DAVID, *Kommentar zum Markenschutzgesetz*, 2^e éd., Bâle 1999, LPM 55 N 16; KILLIAS (n. 22), N 185.

⁶⁷ Voir OGer Luzern, sic! 2000, 641 consid. 7 (Aluminiumpigmente II).

⁶⁸ RUBLI (n. 10), n. 16.39.

⁶⁹ On examinera plus bas la question de savoir s'il se justifie d'appliquer les mêmes principes en mesures provisionnelles: cf. *infra* ch. II/1/d/cc.

⁷⁰ ATF 106 II 357 consid. 2a.

ments passés⁷¹. Même une déclaration du défendeur selon laquelle il ne s'adonnera plus au comportement dont il lui est fait grief est en principe considérée comme insuffisante si, en parallèle, le défendeur persiste à postuler la licéité de la pratique en cause⁷². Seul un engagement écrit sans réserves et dénué d'équivoque permettrait de manière sûre de faire échec au grief de risque de réitéra-

tion⁷³. Certains auteurs vont jusqu'à exiger qu'un tel engagement s'accompagne au surplus d'une clause pénale⁷⁴.

Une telle approche me paraît trop rigide. Il est certes juste de poser la présomption d'un risque de réitération en présence de violations passées. Il est tout aussi exact de ne pas admettre trop facilement un renversement de la présomption. En revanche, il ne me paraît pas satisfaisant qu'une déclaration du défendeur selon laquelle il met fin pour toujours au comportement litigieux soit considérée comme insuffisante lorsqu'elle n'est pas accompagnée d'une reconnaissance du caractère illicite de ses agissements⁷⁵. Du moins cette affirmation ne saurait-elle être érigée en règle générale. Pareille approche me paraît tout simplement perdre de vue la nature humaine: comme les plaideurs et les magistrats le savent bien, le défendeur est souvent prêt à transiger à la condition de pouvoir garder (en apparence du moins) la tête haute. Donner suite aux prétentions adverses est une chose; battre sa coulpe et reconnaître avoir mal agi en est une autre. En cherchant à imposer aux défendeurs une sorte de Traité de Versailles à l'échelle individuelle, on aboutit dans certains cas à prolonger des procédures qui devraient en réalité être considérées comme étant devenues sans objet⁷⁶.

Plusieurs tribunaux ont d'ailleurs adopté une attitude plus flexible que ne paraît l'autoriser la jurisprudence du Tribunal fédéral évoquée plus haut. Ainsi, le Tribunal de commerce de St-Gall a nié l'existence d'un risque de réitération en présence d'une affirmation du défendeur selon laquelle l'argumentaire du demandeur était «*probablement exact*»⁷⁷. Le Tribunal de district de Zurich est allé plus loin encore dans une affaire «*Malbuner*», où le demandeur concluait à ce que soit interdite toute nouvelle diffusion d'un spot publicitaire qui le mettait en scène d'une

manière attentatoire à ses droits de la personnalité; en procédure, l'auteur du spot avait promis de ne plus le diffuser, sans toutefois reconnaître le bien-fondé des accusations du demandeur; le tribunal a jugé que cette promesse était suffisante pour dénier au demandeur l'existence d'un intérêt juridiquement protégé, compte tenu notamment du fait que l'atteinte était de peu de gravité⁷⁸. De même, le Tribunal supérieur du canton de Lucerne a estimé comme suffisant, pour écarter le risque de réitération, le fait que l'intimé ait promis qu'il ne mettrait pas en vente en Suisse les produits litigieux, ayant développé une version plus moderne du produit qui échappait au champ de protection du brevet de la requérante; le tribunal est parvenu à cette conclusion malgré le fait que l'intimé ait contesté jusqu'au bout le bien-fondé des prétentions du requérant⁷⁹.

Une affaire «*Richtpreis bodum*» me semble illustrer mon propos de manière particulièrement éloquente. Dès qu'elle avait eu connaissance des requêtes de mesures provisionnelles dirigées contre elle, l'intimée avait supprimé de ses annonces publicitaires toute référence à la marque de la requérante et avait déclaré renoncer également pour l'avenir à la pratique incriminée; dans un même temps, l'intimée affirmait cependant qu'elle doutait de ce que l'on pût considérer son comportement passé comme illicite. Le titulaire de la marque avait déposé deux requêtes de mesures provisionnelles à raison des mêmes faits, l'une à Schwytz, l'autre à Lucerne. Deux décisions opposées ont été rendues: le Président du Tribunal cantonal de Schwytz a prononcé l'interdiction provisionnelle en raison du fait que l'intimée contestait le caractère illicite de ses agissements passés⁸⁰, alors que la Justizkommission de Lucerne a rejeté la requête au motif qu'une réitération n'était pas vraisemblable compte tenu de l'engagement de l'intimée⁸¹. Pour les motifs

⁷¹ TF, sic! 2000, 318 consid. 1 (Chanel IV); ALDER (n. 6), 98.

⁷² TF, sic! 2001, 618 consid. 3 (Rivella/Apiel-la III); ATF 124 III 74 consid. 2a (Contra-Schmerz); ATF 106 II 357 consid. 2b.

⁷³ Voir les références citées par R. SCHLOSSER, La mise en œuvre de la protection en droit des marques: aperçu à la lumière de la jurisprudence récente, SJ 2004 II 4.

⁷⁴ SCHENKER (n. 44), 40 (dans le sens de la jurisprudence et de la doctrine allemandes: cf. ATF 106 II 357 consid. 2b). *Contra*: DAVID (n. 1), 168; ZÜRCHER (n. 18), 299 n. 829. Avec ces derniers auteurs, il faut rejeter l'exigence posée par SCHENKER. Il convient en revanche d'admettre que si le défendeur consent à assortir son engagement d'une peine conventionnelle, cela devrait en principe toujours conduire au constat qu'il n'y a pas de risque de réitération: ALDER (n. 6), 99.

⁷⁵ Dans un sens proche: DAVID (n. 1), 168.

⁷⁶ Dans un sens proche: BezGer Zürich, sic! 2003, 127 consid. 23 (Malbuner).

⁷⁷ HGer St. Gallen, sic! 2003, 609 consid. 4c.bb (Mini-Berlusconi).

⁷⁸ BezGer Zürich, sic! 2003, 127 consid. 23 (Malbuner). Le Bezirksgericht de Zurich a en effet estimé, à juste titre selon moi, que les exigences en termes de la vraisemblance du risque de réitération étaient fonction du degré de gravité de l'atteinte aux droits de la personnalité (cf. *infra* ch. III/3/a).

⁷⁹ OGer Luzern, sic! 2003, 606 consid. 8 (Rasenmäher Ambrosio). On voit ici que le tribunal a de toute évidence été amené à accorder crédit à la promesse de l'intimé parce que celui-ci avait rendu vraisemblable la mise au point d'une nouvelle version du produit incriminé, échappant au champ de protection du brevet. Il faut en outre ajouter que la requérante elle-même considérait l'engagement de l'intimé (à tort, selon le tribunal) comme un passé-expédient pur et simple.

⁸⁰ Prés. KGer Schwytz, RSPI 1995, 291 consid. 4 (Richtpreis bodum).

⁸¹ Justizkommission Luzern, RSPI 1995, 291 consid. 3a (Richtpreis bodum).

exposés plus haut, il faut préférer cette seconde approche. Encore faut-il préciser que tout est question d'appréciation, en ce sens qu'il appartient dans chaque cas d'espèce au juge d'évaluer la foi qu'il convient d'accorder aux déclarations de la partie intimée ou défenderesse compte tenu des circonstances⁸².

Précisons encore que la décision du juge ne devrait pas, en pareille situation, exercer une influence quelconque sur le sort des frais et dépens: que la requête soit rejetée (ou déclarée irrecevable) faute de risque de réitération (l'intimé ayant mis fin au comportement incriminé et ayant promis de ne plus s'y adonner) ou au contraire admise, l'intimé devra être condamné aux dépens. Si la requête est admise, cette solution s'impose d'elle-même. Mais il ne doit pas en aller différemment en cas de rejet de la requête de mesures provisionnelles du fait de la promesse de non-réitération souscrite par l'intimé, du moins lorsque le juge estime (au stade de la vraisemblance) que le comportement passé de l'intimé était bel et bien illicite⁸³. Il doit en aller de même lorsque le requérant retire ses conclusions à la suite de l'engagement de l'intimé⁸⁴.

cc) Critères différents en mesures provisionnelles qu'au fond ?

Il reste à se demander si la question du risque de commission d'une violation mérite une approche différente en mesures provisionnelles qu'en procédure ordinaire. Certains tribunaux ont considéré qu'une différenciation se justifiait en raison des spécificités de la procédure provisionnelle. Ainsi, le Tribunal de commerce d'Argovie a argué de ce que, dans un procès au fond, il peut se justifier d'admettre des conclusions en interdiction même lorsque le risque d'une atteinte future est «*relativement faible*» ou qu'une telle atteinte est susceptible de survenir dans un avenir lointain, alors que les mesures provisionnelles ne visent

à protéger les intérêts du requérant que jusqu'à la fin du procès ordinaire; le tribunal en a déduit qu'au stade des mesures provisionnelles, le comportement qui menace de survenir doit être «*plus concret*» que dans une procédure ordinaire, un risque abstrait de réitération ne suffisant pas⁸⁵. Le juge instructeur du Tribunal de commerce de Eurich a procédé à une différenciation similaire, au motif qu'en mesures provisionnelles, le requérant doit établir un dommage difficilement réparable, ce qui suppose qu'il rende vraisemblable que le comportement illicite reprenne avant la fin de la procédure ordinaire⁸⁶.

Une telle différenciation ne me paraît pas justifiée. Les décisions argovienne et zurichoise partent d'une prémisse erronée: elles admettent que le juge du fond peut prononcer une interdiction même lorsque l'atteinte illicite est susceptible de se produire dans un avenir lointain. Or, les dispositions topiques exigent que le demandeur établisse le risque d'une atteinte actuelle ou imminente⁸⁷. Par ailleurs, un risque «*relativement faible*» de survenance de l'atteinte – pour reprendre les termes employés par le tribunal argovien – ne suffit pas; au contraire, les exigences sont plus strictes dans le procès au fond, puisque le risque doit être prouvé et non pas simplement rendu vraisemblable⁸⁸. Tout au plus se justifiera-t-il de rejeter la requête de mesures provisionnelles lorsque l'intimé s'engage (de manière crédible) à cesser le comportement litigieux jusqu'à droit connu dans le procès au fond⁸⁹.

2. Dommage difficilement réparable

a) Généralités

Les lois topiques exigent du requérant qu'il rende vraisemblable l'existence d'un préjudice difficilement réparable (art. 65 al. 1 LDA, 59 al. 1

LPM, 77 al. 2 LBI, 38 al. 1 LDes, 28c al. 1 CC par renvoi de l'art. 14

⁸² A cet égard, le comportement du défendeur ou intimé dans la procédure joue un rôle déterminant: HGer St. Gallen, sic! 2003, 609 consid. 4c.bb (Mini-Berlusconi). Certains tribunaux prennent en compte le fait que l'intimé est une entreprise jouissant d'une certaine notoriété pour conclure qu'elle violera moins facilement ses engagements, du moins lorsque leur inobservation peut entraîner des conséquences pénales (HGer Zürich, RSPI 1996, 298 consid. IX [Swiss Chocolate Liqueur]).

⁸³ ZÜRCHER (n. 18), 287 et 300. Casuistique: HGer Zürich, INGRES News 3/05, 7 (Anlage-Opfer): l'intimée SRG (qui s'était engagée à ne plus diffuser l'émission litigieuse) s'est vu condamner à la moitié des frais en raison de l'issue probable du procès.

⁸⁴ Voir J.-F. POUDRET/J. HALDY/D. TAPPY, Procédure civile vaudoise, 3^e éd., Lausanne 2002, CPC 92 N 7.2.

⁸⁵ HGer Aargau, sic! 2002, 353 consid. 4b (Jet Reactor). En l'espèce, le tribunal a estimé que l'intérêt juridiquement protégé faisait défaut parce que l'intimée avait cessé toute activité commerciale en Suisse depuis plus d'un an, avait transféré ses activités à Singapour, n'utilisait plus ses locaux et n'avait plus de personnel opératif à son service, en sorte qu'il apparaissait comme peu probable qu'elle violât le brevet de la requérante dans un proche avenir (consid. 4c).

⁸⁶ HGer Zürich, RSPI 1996, 298 consid. IX (Swiss Chocolate Liqueur). En l'espèce, le juge a estimé qu'une réitération avant la fin de la procédure provisionnelle n'était pas vraisemblable, étant donné que l'intimée était une entreprise jouissant d'une certaine notoriété et que la violation de son engagement entraînerait des conséquences pénales.

⁸⁷ Art. 62 al. 1 let. a LDA; art. 55 al. 1 let. a LPM; art. 9 al. 1 let. a LCD. En matière de brevets, la loi ne le précise pas, mais la jurisprudence pose la même exigence (ATF 116 II 357 consid. 2a).

⁸⁸ Cela dit, je ne conteste pas le résultat auxquels les juges sont parvenus dans les cas particuliers. Je pense simplement que les critères doivent être les mêmes au fond qu'en mesures provisionnelles, sous réserve qu'une vraisemblance suffit pour ces dernières.

⁸⁹ ZÜRCHER (n. 18), 101, pour qui le rejet s'impose en raison de l'absence de dommage difficilement réparable. A mon avis, le rejet se justifie déjà parce que l'imminence de l'atteinte n'est alors pas rendue vraisemblable.

⁹⁰ Cf. *supra*, Introduction.

⁹¹ VON BÜREN/MARBACH (n. 2), n. 916.

⁹² ALDER (n. 6), 86; AppHof Bern, sic! 2003, 976 consid. D.4 (Pure Red Cell Aplasia I).

⁹³ ALDER (n. 6), 86.

⁹⁴ ALDER (n. 6), 88.

⁹⁵ M. LEUPOLD, Die Nachteilsprognose als Voraussetzung des vorsorglichen Rechtsschutzes, sic! 2000, 269. Certains tribunaux se montrent parfois particulièrement sévères à cet égard: HGer Zürich, sic! 2004, 947 consid. II.3b.cc: il ne suffit pas d'invoquer une perturbation du marché; encore faut-il rendre vraisemblable en quoi celle-ci est de nature à causer un dommage.

⁹⁶ LUTZ (n. 10), 328; DAVID (n. 1), 179; LEUPOLD (n. 95), 269; RUBLI (n. 10), n. 16.40; BAUDENBACHER (n. 30), LCD 14 N 22; AppHof Freiburg, sic! 2000, 114 consid. 6d (Förderanlage).

⁹⁷ C'est pourtant ce que l'on peut lire dans un prononcé du KGer Basel-Landschaft, sic! 2004, 298 consid. 4b (Baupläne). Voir aussi ATF 108 II 228 consid. 2, où le Tribunal fédéral a considéré que n'était pas arbitraire la conception selon laquelle un manque à gagner pouvant faire l'objet d'une action en dommages-intérêts n'était difficilement réparable que si la solvabilité de l'intimé était douteuse.

⁹⁸ ZÜRCHER (n. 18), 103; VON BÜREN/MARBACH (n. 2), n. 916. En droit des marques: HGer Zürich, sic! 2002, 49 consid. 3.8 (Red Bull/Red Bat II). En matière de concurrence déloyale: Cour d'Appel de Fribourg, sic! 1999, 159 consid. 5 (Sécurité par l'écoute).

⁹⁹ ALDER (n. 6), 87; HGer Zürich, sic! 2002, 49 consid. 3.8 (Red Bull/Red Bat II).

¹⁰⁰ AppHof Freiburg, sic! 2000, 114 consid. 6d (Förderanlage).

¹⁰¹ *Contra*: HGer Zürich, sic! 2003, 511 consid. 2b.bb (Pharmatestverfahren), où le tribunal a estimé que dans des branches telles que celle de l'industrie pharmaceutique, il était constant que la recherche, la production et la distribution faisaient l'objet, pour des raisons de sécurité, d'une comptabilité très précise et que toutes les pièces justificatives étaient conservées, en sorte qu'il n'y aurait pas lieu de craindre que les réquisitions de pièces n'aboutissent à rien.

¹⁰² Cour d'Appel de Fribourg, sic! 1999, 159 consid. 5 (Sécurité par l'écoute).

¹⁰³ RUBLI (n. 10), n. 16.36; LUTZ (n. 10), 327; ALDER (n. 6), 87; ZÜRCHER (n. 18), 108; AppHof Bern, sic! 2003, 976 consid. D.4 (Pure Red Cell Aplasia I).

¹⁰⁴ RUBLI (n. 10), n. 16.41; ZÜRCHER (n. 18), 108.

¹⁰⁵ AppHof Bern, sic! 2003, 976 consid. D.4 (Pure Red Cell Aplasia I); Tribunale d'appello del Ticino, sic! 1997, 587 consid. 8 (Boitor); BAUDENBACHER (n. 30), LCD 14 N 24.

LCD). Comme on l'a dit, il s'agit là de l'une des manières de contrebalancer la faveur faite au requérant en termes d'abaissement des exigences de preuve⁹⁰: si le lésé veut pouvoir bénéficier des avantages liés à la procédure rapide, il doit en contrepartie rendre vraisemblable qu'il en est digne, ce qui suppose qu'il soit à même d'établir l'urgence de son entreprise.

Il y a dommage difficilement réparable lorsque la mise en œuvre des droits du requérant serait mise en péril s'il en était réduit à les faire valoir dans le cadre d'une procédure ordinaire⁹¹. Tel est le cas lorsqu'une réparation financière n'est pas de nature à compenser intégralement le préjudice de l'intéressé⁹². S'il en va souvent ainsi lorsque le requérant conclut à l'interdiction ou à la cessation⁹³, on ne saurait y voir un principe général ni une présomption⁹⁴. Au contraire, le requérant doit rendre vraisemblable dans chaque cas d'espèce qu'il a un intérêt particulier à l'exécution en nature (p. ex. interdiction ou cessation) par opposition à un simple désintéressement de nature financière⁹⁵.

Un tel intérêt particulier à l'exécution anticipée (en nature) des prétentions du requérant existe chaque fois que le préjudice ne peut plus être établi, évalué ou réparé si l'on doit attendre la fin du procès au fond⁹⁶. Tel peut être le cas tant en présence de dommages matériels que face à des préjudices de nature immatérielle.

b) *Les différents types de dommage difficilement réparable*

aa) Dommage matériel

Il serait trop schématique d'affirmer qu'un dommage chiffrable n'est en principe jamais constitutif d'un préjudice difficilement réparable⁹⁷. Très

souvent, en effet, le préjudice est certes de nature à être évalué, mais sera difficile à prouver. En matière de propriété intellectuelle et de concurrence déloyale, de telles difficultés probatoires constituent la règle⁹⁸. En particulier, il est le plus souvent malaisé d'établir le lien de causalité entre la baisse du chiffre d'affaires et la mise en vente des produits du contrefacteur⁹⁹, tant il est vrai qu'il est difficile de prouver que le requérant aurait décroché les transactions conclues par l'intimé et que l'on ignore le plus souvent l'étendue des affaires futures qui lui échapperont du fait du comportement de ce dernier¹⁰⁰. Certes, lorsque le requérant a accordé des licences sur l'objet du litige, la méthode de la redevance équitable (*Lizenzanalogie*) peut servir de base de calcul; encore faudra-t-il cependant être certain de pouvoir établir avec précision l'étendue de la violation (nombre de produits vendus par l'intimé ou chiffre d'affaires réalisé par ses soins), ce qui sera souvent délicat, en raison de l'absence de collaboration de la part du contrefacteur à la procédure probatoire¹⁰¹. En outre, il apparaît difficile de prouver l'étendue du dommage lié à la perte de clientèle¹⁰² ou l'ampleur du préjudice résultant de la baisse des prix à laquelle le titulaire des droits se voit contraint de procéder en raison de l'apparition sur le marché de produits concurrents¹⁰³. Il en va de même, enfin, de la perte de parts de marché par le lésé, car il ne pourra le plus souvent pas pleinement récupérer ces parts même après avoir gagné le procès principal¹⁰⁴.

Les exigences en matière de dommage difficilement réparable ne sont pas élevées¹⁰⁵. Ainsi, la simple possibilité théorique que le préjudice puisse être quantifié dans le cadre du procès au fond ne suffit pas pour écarter un tel dommage¹⁰⁶. Toutefois, de simples allégations sont en règle générale impropres à rendre vraisemblable un préjudice difficile à réparer¹⁰⁷; le requérant doit au contraire

¹⁰⁶ Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, sic! 2004, 31 consid. 3.13 (FMH/FNH).

¹⁰⁷ Ainsi de la simple allégation d'une perturbation du marché, non corroborée par des pièces: AppHof Bern, sic! 2003, 976

fournir les éléments qui sont de nature à corroborer ses dires.

En dehors des difficultés probatoires, un préjudice de nature financière est également de nature à fonder un dommage difficilement réparable si la solvabilité de l'intimé est douteuse¹⁰⁸, ce qui pourra singulièrement être le cas pour des particuliers ou des petites entreprises¹⁰⁹. L'on a objecté, en doctrine, qu'il s'agirait là d'un séquestre déguisé, contraire à la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite¹¹⁰; pareil raisonnement revient cependant à perdre de vue que l'insolvabilité de l'intimé ne fait ici que fonder l'intérêt particulier du requérant à l'exécution en nature (interdiction, cessation etc.)¹¹¹.

bb) Dommage immatériel

Par essence, le dommage immatériel n'est pas susceptible d'être réparé en argent, sinon de manière imparfaite¹¹². On observe à cet égard différents types de préjudice.

aaa) Atteinte à la réputation

L'atteinte à la réputation du requérant ou à celle de ses produits ou services est presque toujours de nature à fonder un dommage difficilement réparable¹¹³. Il en va ainsi notamment d'affirmations dénigrantes au sens de l'art. 3 let. a LCD¹¹⁴ et d'une manière plus générale de toute atteinte aux droits de la personnalité¹¹⁵.

bbb) Perturbation du marché

En matière de signes distinctifs, le risque de confusion créé par les produits ou les services de l'intimé est en règle générale propre à engendrer une perturbation du marché (*Marktverwirrung*)¹¹⁶, le public étant amené à confondre les signes au point que ceux-ci en perdent leur identité, leur force distinctive ou le goodwill qui leur est attaché¹¹⁷. Même une campagne publicitaire à grands frais ne permettra en principe plus de répa-

rer le mal qui a été fait¹¹⁸. Le préjudice peut également provenir du fait que le public est amené à attribuer au requérant les expériences négatives faites avec les produits de l'intimé¹¹⁹; le dommage est particulièrement sensible lorsque des produits de marque font l'objet d'imitations bon marché¹²⁰.

D'une manière générale – et cela vaut également pour les brevets et les designs – le public et les concurrents peuvent être amenés à penser que le requérant ne bénéficie d'aucune protection sur les droits objets du litige ou qu'il n'en bénéficie plus¹²¹. Non seulement cela nuit-il à sa réputation et à sa crédibilité¹²², mais cette confusion est au surplus de nature à susciter l'émulation auprès de concurrents pensant pouvoir impunément utiliser la marque ou le brevet concernés¹²³. Un préjudice d'une telle nature suppose toutefois que l'atteinte ait été portée à la connaissance d'un cercle relativement étendu de personnes¹²⁴ ou soit susceptible de l'être dans un proche avenir, ce qui devrait à vrai dire constituer la règle.

ccc) Conflit avec des preneurs de licence

Lorsque le requérant a octroyé des licences (ou des sous-licences), le dommage difficilement réparable peut résider dans la crainte que les preneurs de licence (ou sous-licenciés) fassent valoir à son encontre des réclamations en dommages-intérêts¹²⁵ ou que

consid. D.5 (Pure Red Cell Aplasia I). Toutefois, des allégations formulées de manière assez vague peuvent suffire si le flou s'explique par la volonté de préserver des secrets commerciaux et que le juge peut par ailleurs se fonder sur son expérience générale de la vie: KGer St. Gallen, sic! 1997, 309 consid. 5g (Pulverbeschichtungsanlage II).

¹⁰⁸ Cour d'Appel de Fribourg, sic! 1999, 159 consid. 5 (Sécurité par l'écoute).

¹⁰⁹ F. DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, Lausanne 1999, n. 778: les problèmes de solvabilité sont fréquents chez certains imitateurs de logiciels ou les pirates de cassettes vidéo.

¹¹⁰ PELET (n. 1), 59.

¹¹¹ ALDER (n. 6), 90; ZÜRCHER (n. 18), 102 s.

¹¹² REYMOND (n. 37), LCart 17 N 74.

¹¹³ OGer Luzern, sic! 1998, 567 consid. 7 (Watch Flemming I); PELET (n. 1), 60.

¹¹⁴ Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, sic! 1999, 167 consid. 5.7b et c (Gelbe Lebensversicherungen).

¹¹⁵ Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, sic! 1997, 41 consid. 5.3 (Elefantenjagd); TERCIER (n. 51), n. 1123; PELET (n. 1), 60.

¹¹⁶ Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, sic! 2000, 22 consid. IV (Ihr Gourmet Bäcker); KGer Schwyz, sic! 1999, 646 consid. 4d (Toblerone); Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, sic! 1997, 564 consid. 9 (Dior-Tasche); DAVID (n. 1), 179. On voit parfois la perturbation du marché reconnue également dans d'autres domaines, tel celui des brevets: AppHof Freiburg, sic! 2000, 114 consid. 6d (Förderanlage). Le Tribunal de commerce du canton de Zurich se montre exigeant: il ne suffit pas d'invoquer la perturbation du marché; encore faut-il rendre vraisemblable que celle-ci est de nature, dans le cas concret, à causer un dommage au requérant: sic! 2004, 947 consid. II/3/b/cc.

¹¹⁷ Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, sic! 2004, 31 consid. 3.13 (FMH/FNH); AppHof Bern, sic! 1998, 59 consid. 4c (Montres CFF II). Voir aussi OGer Luzern, sic! 2000, 516 consid. 8.2 (www.luzern.ch).

¹¹⁸ AppHof Bern, sic! 2003, 976 consid. D.4 (Pure Red Cell Aplasia I).

¹¹⁹ HGer Zürich, sic! 2002, 49 consid. 3.8 (Red Bull/Red Bar II); HGer Zürich, RSPI 1994, 308 (Cerberus); DAVID (n. 1), 179 s.; ZÜRCHER (n. 18), 105.

¹²⁰ ZÜRCHER (n. 18), 105. Casuistique: Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, sic! 1997, 564 consid. 9 (Dior-Tasche).

¹²¹ ZÜRCHER (n. 18), 105. En droit des marques: Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, sic! 1997, 564 consid. 9 (Dior-Tasche); HGer Zürich, RSPI 1994, 308 (Cerberus).

¹²² En matière de brevets, voir *infra* ch. II/2/c/cc.

¹²³ VON BÜREN/MARBACH (n. 2), N 903: souvent, le fait que des droits de propriété intellectuelle sont violés pendant un certain laps de temps est interprété par les autres concurrents comme une «rupture de barrage», ce qui conduit à d'autres violations. Casuistique: Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, sic! 1997, 564 consid. 9 (Dior-Tasche).

¹²⁴ DAVID (n. 1), 179 s.

¹²⁵ OGer Luzern, sic! 1997, 458 consid. 10.1 (Live Dance); DAVID (n. 1), 180; ZÜRCHER (n. 18), 106.

le comportement du contrefacteur dissuade des preneurs de licence potentiels de conclure avec le requérant à l'avenir¹²⁶.

¹²⁶ Un tel dommage n'a pas été admis dans un cas où il était établi que durant les sept ans de la prétendue violation du brevet par l'intimé, le titulaire du brevet n'en avait pas moins conclu 30 contrats de licence pour des montants importants: HGer Zürich, sic! 2003, 511 consid. 2b.bb (Pharmatestverfahren).

¹²⁷ ZÜRCHER (n. 18), 106 s.; AppHof Bern, sic! 2004, 125 consid. 14 (Datenblätter).

¹²⁸ C'est pourtant ce que fait PELET (n. 1), 60. Voir aussi, dans un sens similaire: V. SALVADÉ, La juridiction cantonale unique prescrite par la loi sur le droit d'auteur, in: Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne 1999, 184 s.

¹²⁹ ATF 114 II 368 consid. 2a (Le Corbusier).

¹³⁰ ATF 114 II 368 consid. 2a (Le Corbusier).

¹³¹ DESSEMONTET (n. 109), n. 778.

¹³² HGer Zürich, sic! 2002, 49 consid. 3.8 (Red Bull/Red Bat II).

¹³³ Cf. *supra* ch. II/2/b/bb.

¹³⁴ SCHLOSSER (n. 73), 16 et les références citées; ZÜRCHER (n. 18), 107.

¹³⁵ AppHof Freiburg, sic! 2000, 114 consid. 6d (Förderanlage); cf. aussi *supra* ch. II/2/b/aa.

¹³⁶ ZÜRCHER (n. 18), 108; RUBLI (n. 10), n. 16.36 et 16.41; cf. aussi *supra* ch. II/2/b/aa et les références citées à n. 103 et 104.

¹³⁷ AppHof Freiburg, sic! 2000, 114 consid. 6d (Förderanlage).

¹³⁸ RUBLI (n. 10), n. 16.41.

¹³⁹ HGer Zürich, RSPIDA 1984, 63 consid. 4 (Nylondübel); LUTZ (n. 10), 327 s.; ALDER (n. 6), 88.

¹⁴⁰ Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, sic! 1997, 564 consid. 9 (Dior-Tasche); P. HEINRICH, Schweizerisches Designgesetz – Haager Musterschutzabkommen, Zurich 2002, n. 38.18.

¹⁴¹ HEINRICH (n. 140), n. 38.19.

¹⁴² R. ERNST, Die vorsorglichen Massnahmen im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, Zurich 1992, 76 s.; SCHENKER (n. 44), 10 s.; OGER Luzern, sic! 2000, 516 consid. 8.2 (www.luzern.ch); Cour d'Appel de Fribourg, sic! 1999, 159 consid. 5 (Sécurité par l'écoute). F. HOHL, La réalisation du droit et les procédures rapides, Fribourg 1994, n. 667, va jusqu'à considérer qu'en matière de concurrence déloyale, l'urgence est présumée.

¹⁴³ Voir Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, sic! 2004, 31 consid. 3.13 (FMH/FNH).

ddd) Risque de disparition des moyens de preuve

Lorsque le requérant conclut à des mesures conservatoires, le dommage difficilement réparable doit être facilement admis, du moins lorsqu'il apparaît qu'en l'absence de mesures provisionnelles, l'intimé pourrait être tenté de supprimer des moyens de preuve compromettants, au point de mettre à mal les chances de succès du procès au fond¹²⁷.

c) Le dommage difficilement réparable dans les différents domaines concernés

aa) Droit d'auteur

S'il irait sans doute trop loin d'affirmer qu'une violation du droit d'auteur implique systématiquement un dommage difficilement réparable¹²⁸, l'on peut en tous les cas admettre que telle est la règle, ne serait-ce que parce que la violation du droit d'auteur engendre la plupart du temps un dommage immatériel¹²⁹. Le préjudice difficilement réparable doit être reconnu a fortiori lorsqu'il y a violation de droits moraux de l'auteur tel que le droit à l'intégrité¹³⁰. De plus, les difficultés probatoires seront fréquentes¹³¹.

bb) Droit des marques

En matière de signes distinctifs, on admet que le dommage consécutif à la violation du droit ne peut en règle générale être prouvé que difficilement et dans le cadre d'un processus judiciaire parsemé d'embûches, en sorte que la perspective d'une réparation financière dans le cadre du procès au fond est insuffisante pour faire échec à la reconnaissance d'un préjudice difficilement réparable¹³². Comme on l'a vu, le risque de confusion est en règle générale de nature à engendrer une perturbation du marché ainsi que d'autres dommages de nature immatérielle¹³³, de telle manière que la violation d'une marque entraînera pres-

que toujours un dommage difficilement réparable¹³⁴.

cc) Droit des brevets

L'apparition de produits concurrents est généralement de nature à engendrer un dommage difficilement réparable, notamment en raison des difficultés probatoires liées à l'établissement du préjudice¹³⁵, à la baisse des prix et à la perte de parts de marché¹³⁶. Par ailleurs, il y aura souvent perturbation du marché en raison de la mise en vente des produits de l'intimé¹³⁷: un cercle étendu de personnes partira de l'idée que l'invention du requérant n'est pas ou plus protégée¹³⁸. En outre, le requérant subira fréquemment une perte de crédibilité: il aura affirmé à ses clients être en position de monopole, du fait de son brevet, et voici que l'apparition des produits de l'intimé sur le marché conduit le public ou la concurrence à mettre en doute la véracité de ses dires¹³⁹.

dd) Droit du design

Dans ce domaine, le dommage difficilement réparable réside d'une part dans la perturbation du marché et dans l'insécurité créée auprès des consommateurs quant à l'origine des marchandises et, d'autre part, dans le risque que le public estime que le design n'est en réalité pas protégé¹⁴⁰. En outre, l'étendue du dommage est là encore le plus souvent difficile à prouver¹⁴¹.

ee) Concurrence déloyale

En droit de la concurrence déloyale, le dommage est généralement malaisé à déterminer avec précision, en sorte qu'il y a en principe préjudice difficilement réparable¹⁴². Dans ce domaine, on observe par ailleurs fréquemment un dommage de nature immatérielle (atteinte à la réputation, perturbation du marché). Un tel préjudice a en particulier été admis en cas de risque de confusion¹⁴³, de dé-

bauchage systématique d'employés¹⁴⁴ et de dénigrement¹⁴⁵.

ff) Raisons sociales

Pour des motifs comparables à ceux évoqués en matière de marques, la violation de raisons sociales entraîne régulièrement un dommage difficilement réparable¹⁴⁶.

gg) Noms de domaine

Lorsque l'intimé enregistre un nom de domaine sur lequel la requérante prétend à des droits préférables (fondés p.ex. sur sa raison sociale ou sur sa marque), un dommage difficilement réparable peut résulter du fait que la requérante se voit empêchée d'exploiter un site Internet sous sa raison de commerce ou sa marque; en outre, il n'est pas exclu que la requérante puisse être atteinte dans sa réputation du fait de l'utilisation indue de sa raison sociale ou marque comme nom de domaine¹⁴⁷. En outre, l'on sera en présence de difficultés probatoires lorsque le dommage consiste dans une perte de clientèle, car il paraît illusoire de retrouver les clients victimes de la confusion¹⁴⁸.

III. Proportionnalité

Personne ne conteste que les mesures provisionnelles soient soumises au principe de la proportionnalité¹⁴⁹. Les opinions divergent toutefois quant à l'étendue qu'il convient de donner à l'application de cette règle. Si les tribunaux et les auteurs s'accordent à admettre que le principe s'applique en tous les cas pour deux de ses implications possibles, soit le caractère adéquat de la mesure (la mesure doit être propre à atteindre le but recherché) et son caractère nécessaire (parmi les mesures possibles le juge doit opter pour la moins incisive), les avis sont contrastés s'agissant du point de savoir s'il convient également de faire intervenir le principe de la propor-

tionnalité d'une manière plus large. L'on se propose d'examiner successivement ces trois volets.

1. Principe de l'adéquation

Il découle en premier lieu du principe de la proportionnalité que la mesure doit être propre à atteindre le but recherché¹⁵⁰. En application de cette règle, le juge unique du Tribunal de commerce de Zurich a considéré comme excessives des conclusions tendant à ce que l'intimée enjoigne aux distributeurs de ses produits de les restituer, une telle injonction ne pouvant être mise en œuvre dans les cas où les distributeurs avaient déjà écoulé la marchandise¹⁵¹. La requête de mesures provisionnelles doit également être considérée comme impropre à écarter efficacement le dommage lorsqu'elle est dirigée uniquement contre un revendeur et non contre l'importateur général, pourtant connu du requérant¹⁵².

2. Principe de la nécessité

Le principe de la proportionnalité impose en deuxième lieu de privilégier, parmi plusieurs mesures possibles, celles qui sont les moins incisives: les conclusions doivent être rejetées lorsqu'elles vont au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le but recherché¹⁵³. En présence de telles conclusions, le juge pourra ordonner les mesures (moins incisives) qui s'imposent, même sans conclusions idoines¹⁵⁴.

De fait, les mesures possibles sont plus ou moins dommageables pour l'intimé, suivant leur nature. S'agissant des mesures les plus fréquentes, on citera, en allant du moins incisif au plus tranchant: 1° les mesures d'interdiction, 2° la confection d'un inventaire, 3° la saisie et 4° les obligations de faire¹⁵⁵. Ainsi, le principe de la proportionnalité commandera de renoncer à une saisie là où des mesures d'interdiction suffisent à

atteindre le but recherché. La décision dépendra des circonstances du cas d'espèce. En présence d'une entreprise renommée, inscrite au registre du commerce, on partira en règle générale de l'idée qu'elle respectera une mesure d'interdiction, alors que l'on aura tendance à penser que l'intimé qui a procédé à la vente des marchandises piratées présente plus

¹⁴⁴ OGer Zug, sic! 1997, 319 consid. 5 (Berater-Vetriebsnetz).

¹⁴⁵ Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, sic! 1999, 167 consid. 5.7b et c (Gelbe Lebensversicherungen).

¹⁴⁶ TF, RSPi 1990, 327 consid. 4a (Cebit/Ebit); Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, sic! 2004, 31 consid. 3.13 (FMH/FNH); ZÜRCHER (n. 18), 109.

¹⁴⁷ Tribunal d'arrondissement de Lausanne, sic! 2002, 55 consid. III.b (Cofideco). *Contra*: Tribunal cantonal du Valais, sic! 2001, 744 consid. 6.c.bb (montana.ch): le seul fait qu'un nombre incertain d'utilisateurs d'Internet puisse être induit en erreur en consultant le site de l'intimée (dont le nom de domaine est similaire à la raison sociale de la requérante) ne signifie pas pour autant qu'il en résulte un dommage pour cette dernière.

¹⁴⁸ OGer Basel-Landschaft, sic! 2000, 26 consid. 6 (hotmail.ch).

¹⁴⁹ Ce principe découle de l'obligation d'exercer ses droits selon les règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) et de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC): ZÜRCHER (n. 18), 255.

¹⁵⁰ GLOOR (n. 11), 113; ALDER (n. 6), 129; VON BÜREN/MARBACH (n. 2), n. 917; MEIER (n. 28), 300; PELET (n. 1), 83 s.

¹⁵¹ HGer Zürich, RSPiDA 1984, 291 consid. 5 (Lacoste-Krokodil).

¹⁵² DAVID (n. 1), 180.

¹⁵³ GLOOR (n. 11), 113; ALDER (n. 6), 131; DAVID (n. 1), 183; VON BÜREN/MARBACH (n. 2), N 917; MEIER (n. 28), 300; PELET (n. 1), 83 s.; Tribunal cantonal du Valais, sic! 2001, 744 consid. 7a (montana.ch).

¹⁵⁴ ATF 94 I 8 consid. 5; ZÜRCHER (n. 18), 258; cf. aussi *supra* ch. I/3. Casuistique: AppHof Bern, RSPi 1995, 133 consid. 8 (Pentax): il serait disproportionné d'exiger de la part de l'intimé de récupérer des catalogues dans lesquels figure le produit assorti de la marque du requérant ou d'en imprimer de nouveaux, car il suffit de condamner l'intimé à joindre à ses catalogues une feuille complémentaire précisant qu'il lui a été fait interdiction de vendre le produit incriminé.

¹⁵⁵ ZÜRCHER (n. 18), 99.

de risques de ne pas s'en tenir à une telle mesure, en sorte qu'une saisie des produits litigieux peut en pareil cas être de mise¹⁵⁶. D'une manière générale, l'attitude de l'intimé jouera un rôle décisif: le fait qu'il ait agi de manière particulièrement peu scrupuleuse peut être un indice faisant craindre qu'il ne respectera pas une mesure d'interdiction ou de cessation¹⁵⁷.

Aux termes de l'art. 77 al. 2 LBI et de l'art. 43 al. 2 de la loi sur la protection des obtentions végétales, on n'est en présence d'un dommage difficilement réparable que si *seules* des mesures provisionnelles peuvent le

prévenir¹⁵⁸. La doctrine parle à ce propos de principe de la *subsidiarité*: si d'autres moyens sont à disposition du lésé, il doit renoncer à requérir des mesures provisionnelles¹⁵⁹. En réalité, l'on aurait tort de voir là une condition supplémentaire à l'obtention des mesures provisionnelles. Il s'agit au contraire uniquement d'une facette de l'exigence d'un préjudice difficilement réparable¹⁶⁰; en effet, si le lésé est en mesure de faire valoir ses droits autrement que par le recours à des mesures provisionnelles, on doit lui dénier l'existence du dommage difficile à réparer¹⁶¹. A vrai dire, la notion de subsidiarité risque de susciter des associations erronées. En particulier, il serait faux de penser qu'elle implique la nécessité pour le requérant de faire précéder sa requête d'une sommation ou d'achats tests¹⁶². Pas plus les mesures provisionnelles ne sont-elles subsidiaires à une enquête pénale, en ce sens que l'on ne pourrait y recourir qu'après avoir épuisé les voies pénales à disposition¹⁶³. Pour ne pas donner prise à des malentendus (en faisant croire faussement à l'existence d'une condition supplémentaire à l'octroi des mesures), il est préférable de renoncer purement et simplement à parler de subsidiarité dans notre domaine¹⁶⁴.

3. Proportionnalité stricto sensu

a) En général

Au sens strict, le principe de la proportionnalité commande de renoncer à une mesure qui, quoique valable selon les deux critères examinés plus haut, entraînerait pour l'intimé des conséquences à ce point incisives qu'elles apparaîtraient comme disproportionnées¹⁶⁵. L'on ne tire pas avec des canons sur des moineaux, disent les poètes parmi les juristes.

Dans un arrêt de 1968¹⁶⁶, le Tribunal fédéral s'est prononcé de manière restrictive sur la portée du

principe de la proportionnalité en droit des brevets: ce principe se limite à enjoindre au juge de renoncer à la mesure requise si une mesure moins incisive est de nature à atteindre le but recherché; en revanche, dès que la violation du brevet et l'existence d'un dommage difficilement réparable sont rendus vraisemblables, les mesures provisionnelles doivent être accordées, aussi lourdes que puissent être les inconvénients qui en découlent pour l'intimé; même le fait que son existence économique est menacée ne lui permet pas de faire obstacle au prononcé des mesures; le législateur tient compte de cet aspect en prévoyant que le requérant doit en règle générale être tenu de verser des sûretés (art. 79 al. 1 LBI)¹⁶⁷.

Si certaines voix critiques se sont fait entendre au sujet de cette jurisprudence¹⁶⁸, la doctrine majoritaire l'approuve¹⁶⁹. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de la confirmer depuis lors¹⁷⁰.

La règle principale qui se dégage de l'arrêt considéré (ATF 94 I 8) me paraît juste: le caractère incisif de la mesure ne doit pas suffire, à lui seul, pour que le juge y renonce. En revanche, on irait à mon sens trop loin en voulant également inférer de cette décision que la lourdeur des conséquences de la mesure ne pourrait être prise en considération d'aucune façon, fût-ce au regard du principe de la proportionnalité. Il est vrai que les considérants de l'arrêt paraissent autoriser une telle interprétation¹⁷¹. Comme on le verra, le Tribunal fédéral a cependant rendu récemment des décisions prônant une application large du principe de la proportionnalité, sans présenter ces nouveaux arrêts comme constitutifs d'un changement de jurisprudence¹⁷².

Quoi qu'il en soit, je suis favorable à une application large du principe de la proportionnalité en matière de mesures provisionnelles. Ainsi, le caractère plus ou moins tranchant de

¹⁵⁶ DAVID (n. 1), 183; RUBLI (n. 10), n. 16.46.

¹⁵⁷ ALDER (n. 6), 131 s.

¹⁵⁸ La même règle était contenue à l'art. 53 al. 1 aLDA.

¹⁵⁹ R. E. BLUM/M. M. PEDRAZZINI, *Das schweizerische Patentrecht*, 2^e éd., Berne 1975, LBI 77 N 4d.

¹⁶⁰ Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, sic! 1997, 409 consid. 5.2 (Winkeleisen); BAUDENBACHER (n. 30), LCD 14 N 26; RUBLI (n. 10), N 16.45.

¹⁶¹ ALDER (n. 6), 130.

¹⁶² ALDER (n. 6), 130; ZÜRCHER (n. 18), 256.

¹⁶³ ALDER (n. 6), 130 s.; DAVID (n. 1), 181.

¹⁶⁴ DAVID (n. 1), 181.

¹⁶⁵ GLOOR (n. 11), 113.

¹⁶⁶ ATF 94 I 8 consid. 5.

¹⁶⁷ De fait, l'instance cantonale avait rejeté la requête au motif que les mesures provisionnelles requises menaceraient l'intimé dans son existence.

¹⁶⁸ BLUM/PEDRAZZINI (n. 159), *Nachträge zu Art. 77, N 4A ad c*: le principe posé par le Tribunal fédéral est trop peu élastique; les sûretés ne sont pas la panacée, tant il est vrai que le dommage de l'intimé est souvent lui-même difficile à prouver. Approuvant cet avis critique: MEIER (n. 28), 284 s. C'est à tort que PELET (n. 1), 84 s. n. 5, affirme que le Tribunal fédéral aurait reconnu le bien-fondé de cette critique dans un arrêt ultérieur, publié aux ATF 103 II 287 consid. 5; cet arrêt n'aborde en réalité pas la problématique considérée.

¹⁶⁹ GLOOR (n. 11), 115 s.; DAVID (n. 1), 188 s.; ALDER (n. 6), 132; ZÜRCHER (n. 18), 248 et 255; HEINRICH (n. 27), n. 77.13; LUTZ (n. 10), 328.

¹⁷⁰ ATF 106 II 66 consid. 5b.

¹⁷¹ Dans ce sens: GLOOR (n. 11), 115 s.; HEINRICH (n. 27), n. 77.13.

¹⁷² Cf. *infra* n. 177.

la mesure requise doit être prise en considération par le juge, en ce sens que la nature de la mesure doit influencer sur le degré de sévérité de son examen: *plus les mesures requises paraîtront incisives et lourdes de conséquences pour l'intimé, et plus le juge se montrera exigeant dans l'appréciation des conditions de l'admission de la requête*¹⁷³. Il n'y a pas là de contradiction avec l'arrêt précité (ATF 94 I 8): si les conséquences de la mesure sont lourdes pour l'intimé, mais que l'examen rigoureux de la requête conduit à considérer les conditions d'octroi de mesures provisionnelles comme réunies, il s'impose de faire droit à la requête.

Quelques auteurs s'opposent à une telle approche¹⁷⁴. Ils font valoir *primo* l'absence de base légale, *secundo* le fait que la méthode proposée serait impraticable ou compliquerait à l'excès l'instruction provisionnelle et *tertio* la crainte qu'elle contrevienne au souci de sécurité du droit¹⁷⁵. Ces objections ne convainquent toutefois pas: le grief de l'absence de base légale revient à perdre de vue que l'approche suggérée repose sur le principe de la proportionnalité, qui découle de l'art. 2 CC¹⁷⁶; que la méthode soit impraticable est démenti par le fait que de nombreux tribunaux l'appliquent sans difficulté apparente et sans qu'il paraisse en résulter de complication majeure de la procédure; enfin, la sécurité du droit – qu'il est de toute manière difficile de garantir dans un domaine où l'autorité de recours jouit d'un pouvoir de cognition limité à l'arbitraire – semble surtout mise en péril par la présence, en doctrine ou en jurisprudence, d'approches divergentes: que tout le monde se mette d'accord sur l'application d'une certaine méthode, et les décisions gagneront en harmonie.

Le fait est que le Tribunal fédéral lui-même préconise, singulièrement dans ses arrêts récents, une application large du principe de la proportionnalité¹⁷⁷. Certaines décisions

cantonales vont également dans ce sens¹⁷⁸. En particulier, il se justifie, selon le Tribunal fédéral, de poser des exigences plus sévères quant à l'examen des conditions d'octroi de mesures provisionnelles (vraisemblance d'une atteinte illicite imminente ou actuelle; vraisemblance d'un dommage difficilement réparable) lorsque les conclusions tendent non pas au maintien de l'état de fait, mais bien plutôt à l'exécution provisoire des prétentions litigieuses (p.ex. interdiction ou cessation, saisie, obligations de faire)¹⁷⁹.

Cette solution doit prévaloir en particulier en relation avec la problématique de l'exécution anticipée du jugement au fond. Ce sujet mérite que l'on y consacre une rubrique spécifique.

b) Exécution anticipée du jugement au fond

Selon un principe communément admis, la mesure ne doit pas préjuger du fond¹⁸⁰ ou – pour le dire autrement – ne saurait tenir lieu d'exécution anticipée du jugement à venir. Certains auteurs en déduisent que le juge n'est jamais autorisé à ordonner des mesures irréversibles¹⁸¹; d'autres vont jusqu'à s'opposer à ce que l'intimé puisse être condamné à titre provisionnel à des obligations de faire¹⁸². Une approche aussi schématique est à réfuter. Elle pourrait conduire à rejeter de manière trop large des requêtes de mesures provisionnelles pourtant justifiées, et ce en contradiction avec le principe selon lequel le juge ne peut refuser de prononcer une mesure au seul motif qu'elle est lourde de conséquences pour l'intimé¹⁸³. En outre, s'il fallait refuser d'accorder des mesures provisionnelles dès qu'elles peuvent apparaître comme difficilement réversibles, cela pourrait conduire à refuser trop largement des conclusions en interdiction ou en cessation, qui forment la majorité des conclusions formulées au titre de

mesures d'urgence¹⁸⁴. En effet, s'il est vrai que les mesures d'interdiction sont toujours réversibles en théorie, puisque le juge du fond peut lever l'interdiction provisionnelle, elles s'avèrent souvent définitives en fait¹⁸⁵, en ce sens qu'elles contraignent l'intimé à abandonner sa production au profit d'une nouvelle démarche commerciale (changement de marque ou

¹⁷³ Dans ce sens: SCHENKER (n. 44), 90; ERNST (n. 142), 84; PELET (n. 1), 45 et 85; REYMOND (n. 37), LCart 17 N 56 et les références citées. Voir aussi la jurisprudence citée ci-dessous, n. 177 et 178. D'un autre avis: S. V. BERTI, Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess, RDS 116 (1997) II, 222, qui estime que les exigences en termes de vraisemblance doivent rester basses lorsque l'urgence le commande.

¹⁷⁴ ZÜRCHER (n. 18), 246 s.; ALDER (n. 6), 108 et 133-135.

¹⁷⁵ ZÜRCHER (n. 18), 247; ALDER (n. 6), 108.

¹⁷⁶ ZÜRCHER (n. 18), 255.

¹⁷⁷ ATF 130 II 149 consid. 2.2 et 2.3 (Sellita Watch); ATF 127 II 132 consid. 3 et 4d (Swisscom); ATF 108 II 228 consid. 2c (Denner).

¹⁷⁸ HGer St. Gallen, sic! 2003, 626 consid. II.5c (Digitale Kartendarstellung); Tribunal cantonal du Valais, sic! 2001, 744 consid. 7a (montana.ch); HGer Aargau, DPC 2000, 478 consid. 3b/aa; BezGer Zürich, sic! 1997, 399 consid. 1c (Verein Ms/MS AG).

¹⁷⁹ ATF 108 II 228 consid. 2c (Denner) (à propos de l'appréciation du dommage difficilement réparable). Dans le même sens: HGer Aargau, DPC 2000, 478 consid. 3b/aa. A dire vrai, les mesures tendant au maintien de l'état de fait sont plutôt exceptionnelles en matière de propriété intellectuelle, où le titulaire des droits cherche la plupart du temps non pas à préserver le *statu quo*, mais bien plutôt à rétablir le *statu quo ante*: DAVID (n. 1), 175.

¹⁸⁰ ATF 130 II 149 consid. 2.2 (Sellita Watch); ATF 127 II 132 consid. 3 (Swisscom); DAVID (n. 1), 182.

¹⁸¹ DAVID (n. 1), 182; BLUM/PEDRAZZINI (n. 159), LBI 77 N 3, 650.

¹⁸² Voir les auteurs cités par HOHL (n. 142), n° 659 n. 241.

¹⁸³ Cf. supra ch. III/3/a.

¹⁸⁴ ZÜRCHER (n. 18), 250 s.: ce type de conclusions figure dans 90% des requêtes de mesures provisionnelles.

¹⁸⁵ ALDER (n. 6), 137; ZÜRCHER (n. 18), 251; PELET (n. 1), 87; REYMOND (n. 37), LCart 17 N 95.

¹⁸⁶ ZÜRCHER (n. 18), 251.

¹⁸⁷ Voir PELET (n. 1), 87.

¹⁸⁸ ALDER (n. 6), 127 et 137.

¹⁸⁹ Voir REYMOND (n. 37), LCart 17 N 60: «[...] le juge se montrera plus strict lorsque la requête tend à l'exécution provisoire du droit litigieux».

¹⁹⁰ ATF 130 II 149 consid. 2.3 (Sellita Watch): «Die ganze oder teilweise Vorwegnahme des mutmasslichen Resultats des Untersuchungsverfahrens rechtfertigt sich nur, wenn die Entscheidungsprognose entsprechend eindeutig ausfällt»; ATF 127 II 132 consid. 4d (Swisscom): «Den Sachentscheid bereits in dem Masse vorwegzunehmen, wie dies die Vorinstanz getan hat, wäre lediglich dann zulässig, wenn die Hauptsachenprognose eindeutig und unzweifelhaft wäre». Une telle clarté fera défaut en particulier lorsque les questions juridiques qui se posent sont délicates et complexes et qu'elles n'ont jamais été tranchées par un juge jusque là: ATF 127 II 132 consid. 4d (Swisscom).

¹⁹¹ Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, sic! 1998, 72 consid. 7.1 (König Mineralöl AG): l'interdiction provisionnelle d'utiliser une raison de commerce similaire à celle de la requérante doit en particulier être prononcée «in Fällen [...], in denen die relevanten Tatsachen nicht nur glaubhaft gemacht, sondern bewiesen sind». Dans le même ordre d'idées, HOHL (n. 142), n. 680, exige «des conditions de preuve strictes»; pour elle (ibid., n. 684), les mesures d'exécution anticipée qu'elle qualifie de «définitives» ne doivent être ordonnées «que si les faits ont pu être établis en procédure probatoire et que le droit au fond est manifestement fondé».

¹⁹² E. BRUNNER, Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im gewerblichen Rechtsschutz, RSPI 1989, 10; DAVID (n. 1), 173; BezGer Zürich, sic! 1997, 399 consid. 2b (Verein Ms/MS AG); Zivilgerichtshof Freiburg, RSPI 1996, 433 consid. 2 (Coop/Cooprof).

¹⁹³ Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, sic! 1998, 72 consid. 7.1 (König Mineralöl AG).

¹⁹⁴ C. HILTI, Firmenrecht, SIWR III, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996, 322.

¹⁹⁵ Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, sic! 1998, 72 consid. 7.1 (König Mineralöl AG); Tribunal cantonal Vaud, ordonnance (non publiée) du 20 février 1997 dans la cause CGC Construction Génie Civil SA contre CGC Compagnie Générale de Construction.

¹⁹⁶ En matière de raisons sociales, la preuve des faits pertinents est la règle, puisque les deux signes litigieux résultent presque toujours des registres (registre des marques, registre du commerce): M. RITSCHER, note de jurisprudence, sic! 1998, 76. Il faudra cependant que la position du requérant apparaisse comme quasiment indubitable d'un point de vue juridique également.

de technologie) sans qu'il lui soit aisément possible, au terme du procès au fond, de faire marche arrière¹⁸⁶; parfois, le prononcé de mesures provisionnelles peut même conduire l'intimé à la faillite¹⁸⁷.

Le caractère plus ou moins aisément réversible d'une mesure ne peut donc servir schématiquement à refuser ou à admettre la requête. En revanche, il est juste que cet élément soit examiné à la lumière du principe de la proportionnalité¹⁸⁸, plus la mesure apparaît comme difficilement réversible et plus le juge doit se montrer sévère dans l'examen des conditions d'octroi des mesures provisionnelles¹⁸⁹. Cette approche nuancée pourra même conduire le juge à admettre des conclusions provisionnelles qui préjugent du fond; il ne le fera toutefois pas si la position du requérant est simplement rendue vraisemblable, mais seulement si elle apparaît comme «évidente et indubitable»¹⁹⁰, soit comme prouvée¹⁹¹.

c) Cas particuliers

Dans certains cas, l'approche décrite dans la rubrique qui précède peut légitimement conduire le juge à prononcer des mesures considérées traditionnellement comme particulièrement tranchantes et que certains

¹⁹⁷ Même BRUNNER (n. 192), 10 (pourtant chef de file des « sceptiques »: cf. ci-dessus, n. 192), réserve «die schnelle Handhabung klaren Rechtes».

¹⁹⁸ Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, sic! 1998, 72 consid. 7.1 (König Mineralöl AG) (in casu: quatre mois).

¹⁹⁹ DAVID (n. 1), 173 s.

²⁰⁰ TE, RSPI 1990, 327 consid. 4a (Cebit/Ebit).

²⁰¹ Il s'agit en effet d'appliquer le principe de la proportionnalité: BezGer Zürich, sic! 1997, 399 consid. 1c (Verein Ms/MS AG); HGer Zürich, RSPI 1989, 201 consid. 3.6 (Inacos); I. CHERPILLOD, note de jurisprudence, sic! 1997, 305.

²⁰² ZÜRCHER (n. 18), 270 s.; Tribunal cantonal Vaud, ordonnance citée à n. 195 *supra*. *Contra*: Kantonalgerichtspräsident Zug, cité par L. DAVID, note de jurisprudence, RSPI 1990, 330.

voudraient réserver à la procédure au fond. Différents cas particuliers méritent d'être cités à cet égard.

aa) Raisons de commerce

La doctrine et les tribunaux se montrent souvent réticents à admettre l'interdiction provisionnelle d'une raison sociale, au motif qu'une telle mesure reviendrait à obliger la société intimée à changer de nom pendant la durée du procès¹⁹². Un refus systématique de prononcer une telle interdiction aurait toutefois pour résultat de favoriser par trop l'auteur de la violation par rapport au titulaire de la raison sociale prioritaire¹⁹³. A la suite d'une partie de la doctrine¹⁹⁴, certains tribunaux ont dès lors adopté une approche plus nuancée¹⁹⁵: dans les cas où les faits pertinents sont non seulement rendus vraisemblables mais bel et bien prouvés¹⁹⁶, l'interdiction provisionnelle d'utiliser une raison sociale en violation de l'art. 956 CO pourra s'imposer¹⁹⁷, à tout le moins lorsque la raison de commerce de l'intimée n'est inscrite au registre du commerce que depuis quelques mois¹⁹⁸ ou a fortiori lorsqu'elle ne l'est pas encore¹⁹⁹. Le Tribunal fédéral se range à cette tendance, au point de considérer que le refus de prononcer une interdiction provisionnelle peut même se révéler arbitraire dans certains cas²⁰⁰. Cette approche nuancée me semble juste: elle permet de prononcer des mesures provisionnelles dans les cas clairs, et de les refuser dans les situations où les conséquences pour l'intimé apparaîtraient comme disproportionnées²⁰¹. L'interdiction pourra le cas échéant s'accompagner de l'injonction faite à l'intimée de modifier sa raison sociale en conséquence²⁰².

bb) Nom de domaine

Pour divers auteurs et tribunaux, s'il est possible dans certains cas de prononcer l'interdiction provisionnelle d'utiliser un nom de domaine, il n'est jamais admissible d'ordonner son

transfert au requérant par voie de mesures d'urgence²⁰³. A cette vision rigide, il faut préférer un autre courant doctrinal et jurisprudentiel, qui admet le transfert provisionnel d'un nom de domaine s'il ne s'avère pas disproportionné²⁰⁴. Comme pour les raisons sociales, sur le vu de leur caractère tranchant, l'interdiction comme le transfert provisionnels doivent cependant à mon avis être subordonnés à l'existence d'une situation particulièrement claire, en fait et en droit. D'autres critères pourront au surplus servir de guide dans l'appréciation du cas, à la lumière du principe de la proportionnalité, tels que le point de savoir si l'intimé utilise déjà (et si oui depuis combien de temps) le nom de domaine²⁰⁵ ou la longueur prévisible de la procédure au fond²⁰⁶.

cc) Rectificatif

Si plusieurs auteurs considèrent qu'il n'est jamais loisible au lésé d'obtenir un rectificatif par voie de mesures provisionnelles²⁰⁷, le Tribunal fédéral l'admet, du moins lorsque les conditions pour obtenir un droit de réponse ne sont pas réunies²⁰⁸. Cela paraît juste: parfois, il s'agit de la seule manière d'écarter de manière plus ou moins efficace les retombées néfastes de l'atteinte²⁰⁹. Revenant plus ou moins à préjuger du fond, une telle mesure supposera toutefois elle aussi que la situation factuelle et juridique soit établie de manière quasiment indubitable²¹⁰.

dd) Autres mesures

D'autres mesures, il est vrai, ne paraîtront sans doute jamais conformes au principe de la proportionnalité, leur caractère irréversible ou difficilement réversible étant trop important pour être contrebalancé par les intérêts du requérant à leur prononcé. Il en va ainsi de la destruction d'objets²¹¹ ou de la constatation du caractère illicite de l'atteinte²¹². De manière plus affirmative encore doit-on exclure la possibi-

lité pour le juge de prononcer à titre provisionnel la nullité d'une marque, d'un brevet ou d'un design²¹³.

IV. Urgence (péremption)

1. Remarques liminaires

Dans notre contexte, le terme d'urgence peut revêtir deux acceptions différentes. D'une part, il s'agit d'une manière de décrire le dommage difficilement réparable²¹⁴: les avantages procéduraux liés à la procédure provisionnelle sont réservés à celui qui est à même de rendre vraisemblable que sa requête revêt un caractère urgent, au point qu'il ne peut légitimement être renvoyé à agir dans un procès ordinaire. D'autre part, l'urgence est comprise au regard du temps que le lésé aura laissé s'écouler avant de déposer sa requête: le cas échéant, la requête peut être tardive et devoir être rejetée de ce fait.

Il s'agit bien de deux notions distinctes: l'écoulement du temps ne conduit en règle générale pas à la disparition de l'urgence (entendue dans son premier sens), car le dommage a au contraire tendance à augmenter avec la durée²¹⁵. Dans la présente rubrique, on se confinera à l'examen de

le nom de domaine se justifiait d'autant moins que la procédure au fond portait sur une question essentiellement juridique et serait dès lors de durée relativement courte.

²⁰⁷ DAVID (n. 1), 173 et 182; ZÜRCHER (n. 18), 350; PELET (n. 1), 86; MEIER (n. 28), 37.

²⁰⁸ ATF 118 II 369 consid. 4a (Eglise de Scientologie de Lausanne). Egalement favorables à la possibilité d'obtenir un rectificatif par voie de mesures provisionnelles: A. BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 4^e éd., Bâle/Genève/Munich 1999, N 628; M. M. PEDRAZZINI/F. A. PEDRAZZINI, *Unlauterer Wettbewerb UWG*, 2^e éd., Berne 2002, n. 15.09.

²⁰⁹ Casuistique: ordonnance (non publiée) du 17 mai 2002 du Juge II des districts de Martigny et St-Maurice: la compagnie d'assurances intimée avait fait parvenir à ses courtiers une circulaire pour les inciter à contacter les assurés de trois compagnies d'assurances concurrentes (parmi lesquelles figurait la requérante) et à les convaincre de résilier les contrats les liant à leurs assureurs, et ce dans un délai très bref (correspondant au délai de résiliation des assurances maladie ensuite d'une hausse des primes); le juge a ordonné à l'intimée – par voie de mesures préprovisionnelles – de procéder à un rectificatif auprès de ses courtiers, car la circulaire affirmait faussement que la requérante s'appropriait à augmenter de manière drastique les primes de la plupart de ses assurés.

²¹⁰ Voir REYMOND (n. 37), LCart 17 N 106: «[La publication ou la communication à des tiers d'une rectification ou de la décision provisoire] ne sera [...] ordonnée à titre provisionnel que si elle apparaît proportionnée et si l'entrave et son caractère illicite sont d'ores et déjà établis».

²¹¹ DAVID (n. 1), 182; ZÜRCHER (n. 18), 249. Encore que, confronté à une requête tendant à la suppression de données, le Tribunal de commerce de St-Gall a simplement dit qu'il convenait de se montrer «restrictif»: HGer St. Gallen, sic! 2003, 626 consid. II.5c (Digitale Kartendarstellung).

²¹² DAVID (n. 1), 173; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI (n. 208), N 15.11; ZÜRCHER (n. 18), 252 s.; A. MEILI, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I*, 2^e éd., Bâle/Genève/Munich 2002, CC 28c N 3; MEIER (n. 28), 37.

²¹³ DAVID (n. 1), 174.

²¹⁴ ALDER (n. 6), 83; BAUDENBACHER (n. 30), LCD 14 N 22; REYMOND (n. 37), LCart 17 N 62.

²¹⁵ ALDER (n. 6), 84; D. RÜETSCHI *Die Verwirkung des Anspruchs auf vorsorglichen Rechtsschutz durch Zeitablauf*, sic! 2002, 418.

²⁰³ OGer Basel-Landschaft, sic! 2000, 26 consid. 7 (hotmail.ch); J. SIX, *Der privatrechtliche Namensschutz von und vor Domännennamen im Internet*, Zurich 2000, n. 258.

²⁰⁴ Tribunal d'arrondissement de Lausanne, sic! 2002, 55 consid. V.b (Cofideco); I. CHERPILLOD, *Le transfert provisionnel d'un nom de domaine Internet*, JdT 2002 III, 78 s.

²⁰⁵ Tribunal cantonal du Valais, sic! 2001, 744 consid. 7b (montana.ch): in casu, l'intimée utilisait déjà depuis quatre ans le nom de domaine litigieux; le Tribunal cantonal a estimé que l'intimée pourrait subir un préjudice financier (perte d'une partie de sa clientèle) s'il lui était fait interdiction d'utiliser son nom de domaine.

²⁰⁶ Tribunal cantonal du Valais, sic! 2001, 744 consid. 7b (montana.ch): il a été jugé que l'interdiction provisionnelle d'utiliser

l'urgence entendue dans sa seconde acception, puisqu'il peut être purement et simplement renvoyé, en ce

qui concerne la première notion, à la section consacrée au dommage difficilement réparable.

2. Les conditions de la péremption

La jurisprudence et la doctrine majoritaire s'accordent à faire découler de l'art. 2 al. 2 CC la péremption du droit du lésé à obtenir des mesures provisionnelles à raison de l'écoulement du temps²¹⁶. En revanche, les opinions divergent quant aux conditions de la péremption. On distingue trois approches de la question²¹⁷.

a) Délais de péremption

À l'instar de la réglementation qui a cours en Allemagne, certains auteurs et tribunaux ont considéré que la péremption intervenait après l'écoulement d'une période située entre un et trois mois²¹⁸. Une telle tendance apparaît aujourd'hui comme dépassée²¹⁹.

b) Protection de la bonne foi

Une deuxième approche consiste à considérer la requête comme tardive lorsque l'écoulement du temps a pu susciter de bonne foi chez l'intimé la conviction que le requérant renonçait à agir en mesures provisionnelles²²⁰. Cette approche s'inspire de toute évidence de la jurisprudence rendue en matière de péremption de l'action au fond²²¹: la péremption intervient, dans le procès principal, lorsque le lésé a toléré pendant une période prolongée (en règle générale pendant plus de quatre ans) la violation de ses droits et que l'auteur de la violation a acquis de ce fait une position importante dans la concurrence²²². Dans notre domaine, la situation est toutefois différente. Comme on l'a dit, l'approche en question conduira l'intimé à soutenir qu'il a poursuivi la violation des droits du requérant parce qu'il était persuadé que ce der-

nier renonçait à déposer à son encontre une requête de mesures provisionnelles (mais non pas nécessairement l'action au fond). Dans cette perspective, l'intimé devra donc plaider que le requérant aurait démontré, par son atermolement, qu'il considérait la condition spécifique aux mesures provisionnelles (soit l'existence d'un dommage difficilement réparable) comme n'étant pas réunie²²³. Il est toutefois peu vraisemblable qu'un acteur économique fonde la continuation de sa violation des droits d'un tiers sur la simple foi d'une (hypothétique) renonciation de ce tiers à des mesures provisionnelles; seule la renonciation pure et simple du tiers de faire valoir ses droits en justice (par le biais d'une action au fond) peut légitimement être de nature à inciter l'auteur de la violation à la poursuivre de bonne foi²²⁴.

c) Urgence relative

Les deux approches évoquées ci-dessus sont devenues obsolètes au plus tard en 1981, car le Tribunal fédéral a rendu à cette époque une décision à laquelle il est resté fidèle depuis lors. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a affirmé que seul le critère de l'urgence dite relative pouvait être retenu pour apprécier l'éventuelle tardiveté d'une requête de mesures provisionnelles²²⁵: celle-ci ne sera rejetée que s'il s'avère qu'une procédure ordinaire introduite à temps eût abouti à une résolution du litige plus ou moins en même temps ou peu de temps après²²⁶. Autrement dit, l'urgence n'est donnée que s'il apparaît que la procédure provisionnelle sera terminée avant le moment où le procès ordinaire introduit en temps utile eût pris fin²²⁷. La doctrine quasi unanime approuve avec raison cette approche²²⁸. Les tribunaux cantonaux s'en tiennent également, en règle générale, à ces principes²²⁹.

Si l'atermolement du requérant n'est pas toujours caractérisé au point

²¹⁶ ALDER (n. 6), 84; RÜETSCHI (n. 215), 418 et références citées à n. 10. C'est également le fondement évoqué en relation avec l'art. 28d al. 2 CC (péremption du droit d'obtenir des mesures préprovisionnelles) dans le Message du Conseil fédéral concernant la révision du Code civil du 5 mai 1982, FF 1982 II 661 ss, spéc. 692. *Contra*: ZÜRCHER (n. 18), 93.

²¹⁷ RÜETSCHI (n. 215), 420-422.

²¹⁸ SCHENKER (n. 44), 87; J. MÜLLER, *Zur einstweiligen Verfügung im Immaterialgüterrecht*, RSJB 1983, 38; ERNST (n. 142), 57; HGer St.Gallen, RSPi 1990, 385 consid. 2a (Füürwehrmaa Flumser).

²¹⁹ Cf. *infra* ch. IV/2/c.

²²⁰ HGer Aargau, sic! 2002, 353 consid. 5a (Jet Reactor); HGer Aargau, DPC 2000, 478 consid. 8b; HGer Zürich, RSPi 1992, 253 consid. II.1 (PR-Lagersystem I); HEINRICH (n. 27), n. 77.14.

²²¹ Preuve en soit que dans le deuxième arrêt mentionné en n. 220 (DPC 2000, 478), le Tribunal de commerce d'Argovie cite l'ATF 117 II 575 à l'appui de son affirmation, arrêt qui concerne précisément la péremption de l'action au fond.

²²² TF, RSPi 1995, 268 consid. 4a (Gap); ATF 117 II 575 consid. 4a.

²²³ RÜETSCHI (n. 215), 421.

²²⁴ RÜETSCHI (n. 215), 421.

²²⁵ TF, RSPIDA 1983, 148 consid. 3 (Urgence).

²²⁶ HGer Zürich, sic! 2003, 511 consid. 2b.aa (Pharmatestverfahren); KILLIAS (n. 22), N 515. Une différence de quelques mois seulement entre la procédure provisionnelle et l'hypothétique procès au fond (entamé en temps utile) ne justifiera en règle générale pas que des mesures provisionnelles soient prononcées: Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, sic! 1997, 409 consid. 5.3 (Winkleisen).

²²⁷ RÜETSCHI (n. 215), 422.

²²⁸ DAVID (n. 1), 178 s.; ALDER (n. 6), 84 s.; BAUDENBACHER (n. 30), LCD 14 N 25; RÜETSCHI (n. 215), 422.

²²⁹ HGer Zürich, sic! 2003, 511 consid. 2b.aa (Pharmatestverfahren). Voir toutefois AppHof Bern, sic! 1998, 590 consid. 5 (Darwil), où le tribunal renvoie à l'arrêt RSPIDA 1983, 148 (cf. *supra* n. 225), tout en ajoutant que la péremption peut déjà intervenir plus tôt si les circonstances particulières conduisent à reconnaître un abus de droit, ce qui a été admis en l'espèce, en sorte que la requête déposée huit mois et demi après la connaissance de la violation a été jugée tardive; dans le même sens: M. STREULI-YOUSSEF,

d'entraîner la péremption, il peut cependant entraîner parfois une autre forme de sanction: le rejet de la requête pour absence de dommage difficilement réparable. En effet, les tribunaux et la doctrine estiment quelquefois qu'une longue attente peut être constitutive d'un indice en faveur de l'absence de préjudice difficile à réparer si elle ne se fonde pas sur des explications légitimes²³⁰.

3. Point de départ

Comme on vient de le voir, selon le critère de l'urgence relative, il importe de savoir quand le procès au fond introduit en temps utile aurait pu prendre fin. L'application de ce critère suppose que l'on connaisse le moment à partir duquel le lésé aurait pu intenter son action.

D'une façon générale, on admet que le lésé peut agir au fond dès qu'il a connaissance de la violation et de son auteur, et dès qu'il dispose des éléments de preuve qui sous-tendent ses prétentions²³¹. On n'attend pas du lésé qu'il agisse en présence de simples soupçons²³², ni même lorsqu'il observe une violation isolée de ses droits, sans savoir encore s'il s'agit du point de départ d'une longue série ou d'un acte qui en restera là²³³.

Pour le Tribunal fédéral, la méconnaissance fautive des faits pouvant fonder le dépôt de l'action doit être assimilée à leur connaissance²³⁴. Ainsi, lorsque le titulaire de la marque a omis de surveiller le marché pour guetter l'apparition de signes apposés en violation de ses droits, il s'agit d'une négligence coupable pouvant entraîner la péremption de ses droits²³⁵. Une telle conséquence doit à tout le moins être reconnue lorsque la présence de l'intimé sur le marché est bien visible, en raison notamment de sa réclame, de l'inscription dans les registres ou du chiffre d'affaires réalisé²³⁶.

En revanche, l'on ne saurait tenir compte du laps de temps consacré

par le lésé à des démarches légitimes, telles que la réunion des éléments de preuve²³⁷, l'examen d'un dossier complexe²³⁸, la recherche d'une solution transigée²³⁹ ou encore l'envoi de lettres de sommation²⁴⁰.

4. Durée du délai de péremption

On l'a vu, la durée de la péremption est fonction de la durée prévisible du procès au fond. Tout dépend dès lors de la nature de la procédure (les litiges relatifs à des brevets durent en règle générale plus longtemps que ceux liés à des marques) et de l'autorité saisie (certains tribunaux sont plus rapides que d'autres)²⁴¹. A Zurich, par exemple, on estime qu'un procès ordinaire dure en moyenne entre deux et trois ans (en tenant compte des recours), voire jusqu'à cinq ans dans les affaires complexes tels que certains procès en contrefaçon de brevets²⁴². Dans le canton de Vaud, les procès relatifs à des droits de pro-

Zur Dringlichkeit bei vorsorglichen Massnahmen, in: 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zurich 2000, 309; dans un sens proche: Cour d'appel de Berne, sic! 1998, 59 consid. 4b (Montres CFF II).

²³⁰ VON BÜREN/MARBACH (n. 2), n. 916; LUTZ (n. 10), 331; HGer Aargau, sic! 2002, 353 consid. 5b (Jet Reactor); HGer Zürich, RSPi 1992, 253 consid. II.1 (PR-Lagersystem I).

²³¹ HGer Zürich, RSPi 1992, 253 consid. II.2: l'attente est en tous les cas justifiée lorsque le requérant n'a pas une connaissance suffisante de l'atteinte ou de la menace d'une atteinte pour formuler ses conclusions de manière précise et pour prouver ses prétentions; RÜETSCHI (n. 215), 423. Voir ATF 112 II 118 consid. 4 quant au dies a quo du délai de prescription: «[...] le créancier connaît suffisamment le dommage lorsqu'il apprend, touchant son existence, sa nature et ses éléments, les circonstances propres à fonder ou à motiver une demande en justice».

²³² HGer Zürich, RSPi 1992, 253 consid. II.2 (PR-Lagersystem I); RÜETSCHI (n. 215), 425.

²³³ KGer Zürich, RSPi 1988, 75 consid. 7b (Rothschild): «Es erscheint durchaus als legitim, ein gerichtliches Verfahren mit seinen Mühen und Umtrieben erst dann einzuleiten, wenn das gegnerische Verhalten überhaupt einen nennenswerten Erfolg zeitigt, d.h. wenn feststeht, dass es sich weder um einen erfolglosen Versuch noch um eine «Eintagsfliege» handelt»; OGer Luzern, sic! 2000, 516 consid. 9 (www.luzern.ch). Voir aussi STREULI-YOUSSEF (n. 229), 307: «Bis der Antragsteller sich Klarheit darüber verschaffen hat, ob eine Verletzung als Rechtsverletzung qualifiziert werden kann, kann erfahrungsgemäss längere Zeit verstreichen, wenn aufwändige und zeitraubende Abklärungen erforderlich sind». Voir cependant HGer Aargau, sic! 2002, 353 consid. 5c/dd (Jet Reactor): lorsque le requérant est en possession d'indices sérieux que la fabrication de l'appareil litigieux est en préparation, cela devrait le pousser à ouvrir action, sans qu'il puisse légitimement attendre que la fabrication soit terminée.

²³⁴ ATF 117 II 575 consid. 4b. Cet arrêt a été rendu en relation avec la péremption de l'action au fond, mais les principes considérés s'appliquent également pour la péremption de la requête de mesures provisionnelles: RÜETSCHI (n. 215), 424.

²³⁵ ATF 117 II 575 consid. 4b.

²³⁶ ZÜRCHER (n. 18), 89.

²³⁷ RÜETSCHI (n. 215), 424 s.; ZÜRCHER (n. 18), 89.

²³⁸ AppHof Bern, sic! 1998, 590 consid. 5 (Darwil); ALDER (n. 6), 84 s. A été jugée légitime une attente d'un an due au fait qu'une expertise privée a été recueillie: HGer Zürich, RSPi 1978, 187 consid. 3.

²³⁹ HGer Zürich, sic! 2003, 511 consid. 2b.aa (Pharmatestverfahren), où une période de deux ans et un quart consacrée à l'envoi de correspondances tendant à amener l'autre partie au paiement de redevances a été jugée légitime; AppHof Bern, sic! 1998, 590 consid. 5 (Darwil); ALDER (n. 6), 84 s.; ZÜRCHER (n. 18), 89; STREULI-YOUSSEF (n. 229), 308. Le délai commence en revanche à courir à partir du moment où la partie adverse fait savoir au lésé qu'elle considère ses accusations comme infondées et qu'elle ne souhaite dès lors pas participer à des discussions en vue d'un arrangement, et cela même si l'intimé accepte malgré tout, plus tard, sur insistence du lésé, de participer à des pourparlers: HGer Zürich, sic! 2003, 511 consid. 2b.aa (Pharmatestverfahren).

²⁴⁰ STREULI-YOUSSEF (n. 229), 308.

²⁴¹ RÜETSCHI (n. 215), 425 s.

²⁴² ZÜRCHER (n. 18), 89. En Argovie, un procès en matière de brevets ne durerait en revanche que trois ans: HGer Aargau, sic! 2002, 353 consid. 5d (Jet Reactor). A St-Gall, la durée d'un procès de concurrence déloyale a été estimée à une période

située entre deux et trois ans: HGer St. Gallen, sic! 2003, 626 consid. II.3 (Digitale Kartendarstellung). A Fribourg, la durée d'un procès de droit des brevets est en principe supérieure à trois ans: App-Hof Freiburg, sic! 2000, 114 consid. 4 (Förderanlage).

²⁴³ Dans un sens proche: HGer Aargau, sic! 2002, 353 consid. 5d, parlant toutefois de jugement définitif.

²⁴⁴ *Contra*: Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, sic! 1997, 409 consid. 5.3 (Winkleisen).

²⁴⁵ ALDER (n. 6), 185; l'effet suspensif constitue l'exception.

²⁴⁶ En vérité, le terme d'urgence est trop restrictif, car il ne tient pas compte du fait que des mesures préprovisionnelles ne se justifient pas uniquement en cas d'extrême urgence, mais également en présence d'un risque d'obstruction: L. DAVID, *Rechtsschutz bei superprovisorischen Verfügungen*, Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg, Zurich 1997, 21 s.

²⁴⁷ S. V. BERTI, *Der Erlass vorsorglicher Massnahmen ohne vorgängige Anhörung der Gegenpartei stellt eine äusserst einschneidende Massnahme dar*, in: *Binsenwahrheiten des Immaterialgüterrechts*, Festschrift für Lucas David, Zurich 1996, 266; RÜETSCHI (n. 215), 419.

²⁴⁸ BERTI (n. 173), 219.

²⁴⁹ PELET (n. 1), 39; ZÜRCHER (n. 18), 94.

²⁵⁰ Message du Conseil fédéral concernant la révision du Code civil suisse du 5 mai 1982, FF 1982 II 661 ss, spéc. 692: il doit être «(absolument) impossible au juge d'entendre l'autre partie».

²⁵¹ ALDER (n. 6), 155; RUBLI (n. 10), n. 16.100.

²⁵² DAVID (n. 1), 181 s.; le même (n. 246), 21–24; ZÜRCHER (n. 18), 93 s.

²⁵³ DAVID (n. 1), 181; ZÜRCHER (n. 18), 98 s.

²⁵⁴ KGer Obwalden, sic! 1999, 456 consid. 7 (Kundendateien II); BLUM/PEDRAZZINI (n. 159), LBI 77 N 5; D. TAPPY, *Quelques aspects de la procédure de mesures provisionnelles, spécialement en matière matrimoniale*, JdT 1994 III 44.

²⁵⁵ DAVID (n. 1), 181 s. Contrairement à ZÜRCHER (n. 18), 94, je suis d'avis qu'il ne faut pas nécessairement que le requérant puisse rendre vraisemblable, à l'aide d'éléments concrets, que le risque d'obstruction existe dans le cas particulier; le juge peut parfaitement faire appel à son expérience générale de la vie, ce qui peut précisément l'amener à considérer qu'un tel risque est élevé en présence de biens piratés. Dans ce sens: RUBLI (n. 10), n. 16.101, qui va jusqu'à dire que l'établissement d'un inventaire de même qu'une saisie ne sont en règle générale efficaces que s'ils sont ordonnés à titre préprovisionnel.

²⁵⁶ Dans ce sens, en matière de brevets: LUTZ (n. 10), 345.

priété intellectuelle dureront rarement moins de trois ans (si l'on inclut la procédure de recours) et seront plus longs dans les cas complexes.

En bonne logique, le moment déterminant pour la fin du procès au fond est celui de la notification d'une décision exécutoire²⁴³. Auparavant, le requérant n'obtient pas l'exécution en nature, et peut donc conserver un intérêt à des mesures provisionnelles. Il convient dès lors d'ajouter à la durée du procès au fond celle liée aux éventuels recours ordinaires dont le jugement est susceptible de faire l'objet. En revanche, c'est la durée de la procédure provisionnelle jusqu'à la décision du juge saisi qui sera déterminante dans le cadre de la comparaison, sans compter la durée d'un hypothétique appel ou recours²⁴⁴, ceux-ci ne déployant en règle générale pas d'effet suspensif²⁴⁵.

5. Mesures préprovisionnelles: urgence qualifiée

Quoique sommaire, l'instruction d'une requête de mesures provisionnelles suppose que la partie intimée soit entendue (art. 77 al. 3 LBI; art. 28d al. 1 CC). Il existe toutefois des situations où l'urgence est telle qu'il n'est pas possible d'entendre l'intimé préalablement à la décision. Le législateur a prévu à cet effet l'institution des mesures dites préprovisionnelles ou d'extrême urgence²⁴⁶ (art. 77 al. 3 LBI et art. 28d al. 2 CC applicable par renvoi des art. 14 LCD, 65 al. 4 LDA, 59 al. 4 LPM et 38 al. 3 LDes).

Pour justifier une telle entorse au droit d'être entendu, le requérant doit pouvoir se prévaloir d'une urgence qualifiée²⁴⁷. La loi sur les brevets d'invention parle à cet égard de «*péril en la demeure*», alors que l'art. 28d al. 2 CC évoque les situations où «*l'imminence du danger ne permet plus d'entendre la partie adverse*». L'on s'accorde à voir dans l'institution des mesures d'extrême urgence la forme la plus drastique de protection provi-

sionnelle²⁴⁸, en sorte que le prononcé de telles mesures ne doit pas être admis aisément²⁴⁹. Il ne doit véritablement pas être envisageable d'entendre l'autre partie²⁵⁰. Par voie de conséquence, les exigences en termes de la vraisemblance des faits et du dommage difficilement réparable seront plus élevées qu'en matière de mesures provisionnelles²⁵¹.

Deux types de situation peuvent justifier de telles mesures: celles relevant d'une extrême urgence au sens strict du terme, et celles où l'audition préalable de l'intimé doit être évitée pour des motifs tenant à l'objet de la requête²⁵²:

- (1) *Urgence stricto sensu*. Dans ce cas de figure, l'entorse au droit d'être entendu se justifie par l'urgence extrême: si le juge devait attendre que l'autre partie puisse s'exprimer, un dommage irréparable surviendrait dans l'intervalle. On songe par exemple à la présentation de l'objet d'une contrefaçon lors d'une foire de courte durée²⁵³.
- (2) *Risque d'obstruction*. Dans ce genre de situation, l'impossibilité d'entendre l'intimé préalablement au prononcé tient dans le risque d'une disparition des moyens de preuve: dans nombre de cas, en effet, si l'intimé est avisé de l'existence de la requête, il s'attachera à éloigner le ou les objets susceptibles de le confondre²⁵⁴. En matière de piraterie, par exemple, le distributeur des biens litigieux les rendra au fournisseur ou les transférera à une entreprise alliée s'il a vent des démarches judiciaires du lésé²⁵⁵.

Le droit d'être entendu doit être préservé autant que faire se peut. Cela pourra dans certains cas conduire le juge à opter pour un mode intermédiaire d'instruction²⁵⁶: ni instruction préprovisionnelle (sans audition de l'intimé) ni instruction provision-

nelle complète (qui peut, suivant la complexité du cas, durer entre trois mois²⁵⁷ et un an²⁵⁸), mais une instruction souple, tenant compte des circonstances et des intérêts en présence. Si l'urgence est grande, mais qu'une attente de quelques jours ou de quelques semaines est possible avant que le dommage ne soit irréparable, le juge devrait ainsi interpeller l'intimé pour lui donner l'occasion de s'exprimer sur les arguments figurant dans la requête, le cas échéant par téléphone²⁵⁹. En pareille hypothèse, on assiste à une procédure en trois étapes²⁶⁰: après réception de la requête de mesures préprovisionnelles, le juge procède dans un premier temps à une instruction provisionnelle rapide (au terme de laquelle il se prononce sur la requête d'extrême urgence); dans une deuxième étape a lieu l'instruction provisionnelle proprement dite (qui débouche sur une décision relative à la requête de mesures provisionnelles); puis, une troisième étape éventuelle est consacrée au procès au fond.

S'agissant des mesures préprovisionnelles, il y a *péremption* lorsque le requérant a «*manifestement tardé à agir*» (art. 28d al. 2 *in fine* CC). On admet une telle tardiveté lorsque l'urgence qualifiée est due à l'atermoisement, en ce sens que l'intimé aurait pu être entendu si le requérant avait agi à temps²⁶¹. Il n'y a pas lieu de comparer la durée de l'instruction préprovisionnelle et celle, hypothétique, d'une instruction provisionnelle *complète*, mais il convient au contraire de confronter le temps nécessaire à l'instruction préprovisionnelle (où quelques heures peuvent suffire) à la durée d'une instruction provisionnelle intermédiaire, telle que décrite ci-dessus²⁶². Comme en matière de mesures provisionnelles, l'attente du requérant ne peut toutefois conduire à la péremption si elle a été consacrée à des démarches légitimes, telles que la recherche d'une solution transi-

Le même raisonnement ne peut en revanche être tenu lorsque les mesures préprovisionnelles sont fondées non pas sur l'urgence, mais sur le risque d'obstruction²⁶⁴. On ne peut alors dire que l'intimé aurait pu être entendu si le requérant avait agi à temps, puisque l'audition préalable de l'intimé est toujours dommageable dans ce cas de figure. La péremption pourra cependant être admise lorsque l'attente paraît abusive parce que trop longue. Au surplus, et cela vaut également pour le premier motif susceptible de fonder des mesures préprovisionnelles (urgence stricto sensu), même dans les cas ne relevant pas d'une péremption, le fait d'avoir attendu avant de déposer une requête pourra être préjudiciable au lésé à un autre titre, en ce sens que le juge est susceptible de considérer que l'attente démontre que le requérant estime lui-même qu'il n'y a pas péril en la demeure²⁶⁵.

V. Sûretés

1. Sûretés du requérant

Etant donné le caractère sommaire de l'instruction provisionnelle, il est dans la nature de cette institution que le juge du fond parvienne quelquefois à un autre résultat que le juge des mesures d'urgence. Si les mesures provisionnelles ont été octroyées et que le juge du fond aboutit à une solution opposée, le requérant – qui succombe au fond – peut être tenu de réparer le préjudice causé par les mesures provisionnelles (art. 28f CC, art. 80 LBI). En vue de garantir un tel dédommagement, le juge des mesures provisionnelles réclamera le plus souvent des sûretés de la part du requérant auquel il donne raison.

En droit des brevets, la loi prévoit à cet égard que «*le requérant sera tenu, en règle générale, de fournir des sûretés suffisantes*» (art. 79 al. 1 LBI). Dans les autres domaines de la pro-

priété intellectuelle et en matière de concurrence déloyale, prévaut la règle de l'art. 28d al. 3 CC: «*Le juge peut astreindre le requérant à fournir des sûretés si les mesures sont de nature à causer un préjudice à la partie adverse*». La divergence de ces textes n'est pas déterminante: le fait que la loi sur les brevets d'invention stipule que la condamnation à des sûretés doit être prononcée «*en règle générale*» et que l'art. 28d al. 3 CC ne contienne pas pareille précision ne signifie pas que les sûretés doivent être accordées de manière plus systématique en droit des brevets que dans les autres domaines de la propriété intellectuelle²⁶⁶.

Le principe est à la condamnation du requérant à des sûretés suffisamment élevées pour couvrir l'intégralité du dommage que peut subir l'intimé du fait des mesures injustifiées²⁶⁷. Le juge jouit toutefois à cet égard d'une certaine liberté d'appréciation²⁶⁸. Il peut en particulier re-

²⁵⁷ DAVID (n. 1), 179.

²⁵⁸ Voir HGer Aargau, sic! 2003, 353 consid. 5d/aa (Jet Reactor).

²⁵⁹ DAVID (n. 246), 25 s.; TERCIER (n. 51), n. 1182.

²⁶⁰ LUTZ (n. 10), 345.

²⁶¹ RÜETSCHI (n. 215), 419; ZÜRCHER (n. 18), 93; DAVID (n. 246), 22 s.

²⁶² Toutefois, les juges qui se refusent par principe de procéder à une instruction intermédiaire devront bel et bien, en bonne logique, comparer la durée de l'instruction préprovisionnelle à celle d'une instruction provisionnelle complète. Dans ce sens: DAVID (n. 1), 179; SCHLOSSER (n. 73), 19.

²⁶³ DAVID (n. 246), 23. Il se peut aussi que le lésé garde l'espoir que l'intimé obtempère à sa mise en demeure, et que cela l'amène à ne pas saisir tout de suite le juge: TAPPY (n. 254), 44.

²⁶⁴ DAVID (n. 246), 23 s.

²⁶⁵ Cour d'appel de Berne, sic! 1998, 59 consid. 4b (Montres CFF II): «[...] le fait d'avoir attendu trois mois avant de saisir le juge semble démontrer que le péril n'était pas aussi imminent que le prétend le requérant».

²⁶⁶ ZÜRCHER (n. 18), 205. *Contra*: PELET (n. 1), 179.

²⁶⁷ ATF 94 I 8 consid. 5 *in fine*.

²⁶⁸ TF, sic! 2002, 38 consid. 2b/dd (lam).

²⁶⁹ AppHof Freiburg, sic! 2000, 114 consid. 8 (Förderanlage), où il est précisé que si le pronostic devait se modifier avec le temps, il sera toujours possible de prononcer des sûretés par la suite; Richteramt III Bern, RSPI 1996, 175 consid. 8 (Stadtanzeiger Bern II). Pour un résultat proche (mais avec une argumentation insatisfaisante sur ce point): Tribunal d'arrondissement de Lausanne, sic! 2002, 55 consid. VI.b (Cofideco). Le Tribunal fédéral a estimé qu'une telle manière de faire n'était en tout cas pas arbitraire: TF, sic! 2002, 38 consid. 2b.dd (Iam): le juge des mesures provisionnelles ne fait pas preuve d'arbitraire en renonçant à exiger des sûretés de la part d'un plaideur qui a son siège en Suisse, qui est apparemment solvable et dont l'action au fond paraît présenter de sérieuses chances de succès. Dans ce sens également BLUM/PEDRAZZINI (n. 159), LBI 79 N 1. *Contra*: ZÜRCHER (n. 18), 206; apparemment aussi DAVID (n. 1), 185 s.

²⁷⁰ Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, sic! 1997, 41 consid. 6 (Elefantenjagd).

²⁷¹ Voir REYMOND (n. 37), LCart 17 N 77. *Contra*: ZÜRCHER (n. 18), 206.

²⁷² PELET (n. 1), 120. Voir aussi TAPPY (n. 254), 53: les sûretés «peuvent [...] avoir un rôle dissuasif et servir ainsi à vérifier le sérieux de la requête».

²⁷³ PELET (n. 1), 120.

²⁷⁴ Cf. TF, sic! 2002, 38 consid. 2b.dd (Iam); Richteramt III Bern, RSPI 1996, 175 consid. 8 (Stadtanzeiger Bern II).

²⁷⁵ ALDER (n. 6), 173 s.; MEIER (n. 28), 301 s.; GLOOR (n. 11), 84; PELET (n. 1), 119. *Contra*: ZÜRCHER (n. 18), 206; RUBLI (n. 10), n. 16.81.

²⁷⁶ ALDER (n. 6), 171; MEIER (n. 28), 160; GLOOR (n. 11), 84; PELET (n. 1), 119; ZÜRCHER (n. 18), 184; DAVID (n. 1), 185.

²⁷⁷ ALDER (n. 6), 172; MEIER (n. 28), 302; BLUM/PEDRAZZINI (n. 159), LBI 79 N 1; DAVID (n. 1), 185. Voir cependant TF, RSPI 1990, 442: le défaut de fixation de sûretés n'est pas arbitraire lorsque l'intimé ne les a pas requises. Voir aussi GLOOR (n. 11), 84, pour qui les sûretés n'ont pas à être prononcées d'office, à moins d'une règle contraire résultant du droit cantonal; dans un sens proche: PELET (n. 1), 119.

²⁷⁸ ALDER (n. 6), 172 s.; P. TROLLER, Die einstweilige Verfügung im Immaterialgüterrecht, RSJB 127^{bis} (1991), 328. Casuistique: OGer Zug, sic! 1997, 319 consid. 8 (Berater-Vertriebsnetz): l'intimé doit rendre son dommage vraisemblable, y compris quant au montant.

²⁷⁹ ZÜRCHER (n. 18), 206.

²⁸⁰ Cf. ZÜRCHER (n. 18), 206.

²⁸¹ ZÜRCHER (n. 18), 259; DAVID (n. 1), 184; TROLLER (n. 55), 1076; MEIER (28), 303. Dans ce sens, en matière de concurrence déloyale: HGer Zürich, sic! 1997, 65

noncer à prononcer des sûretés lorsqu'il estime que la probabilité que les mesures s'avèrent ultérieurement comme infondées est restreinte²⁶⁹ et a fortiori lorsqu'il considère les prétentions du requérant comme non seulement vraisemblables, mais prouvées²⁷⁰.

Fait l'objet d'une controverse la question de savoir si la *situation financière* du requérant peut ou non influencer sur la problématique des sûretés. Deux formes d'influence sont envisageables:

- (1) On pourrait être tenté de renoncer à des sûretés lorsque le requérant est solvable, au motif qu'il ne serait pas nécessaire, en pareille hypothèse, de garantir le dédommagement futur éventuel²⁷¹. Pareil raisonnement reviendrait toutefois à perdre de vue que l'institution des sûretés poursuit également un but dissuasif²⁷² et qu'elle simplifie la procédure de recouvrement des éventuels dommages-intérêts²⁷³. Tout au plus la solvabilité du requérant peut-elle conduire à une renonciation à des sûretés lorsque la position du requérant paraît au surplus manifestement bien fondée (et non pas seulement vraisemblable)²⁷⁴.
- (2) Par ailleurs, la doctrine majoritaire considère que le juge peut renoncer à réclamer des sûretés de la part du requérant dont la surface financière ne permet pas leur paiement ou qu'il peut réduire les sûretés en conséquence²⁷⁵. Cette approche paraît juste: condamner le requérant à de pleines sûretés dans des cas où il est probable qu'il sera in-

capable de les verser revient de fait à rejeter sa requête. Or, l'institution des sûretés ne saurait servir à faire obstacle à une saine mise en œuvre de la protection provisionnelle. Il appartiendra au juge, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, de pondérer les intérêts en présence.

En présence d'une requête de mesures préprovisionnelles, les sûretés peuvent (et doivent, le cas échéant) être prononcées d'office²⁷⁶. Il convient de suivre la doctrine dominante en admettant qu'il en va de même pour les mesures provisionnelles²⁷⁷. Toutefois, l'intimé devra fournir les éléments concrets susceptibles de justifier le montant du dommage futur que les sûretés sont censées garantir²⁷⁸, surtout lorsque celui-ci se chiffre en millions²⁷⁹. Souvent, seule une estimation sera possible; mais moins l'intimé aura fourni d'éléments concrets du calcul, et plus le juge fera montre de retenue dans la fixation du montant des sûretés²⁸⁰.

2. Sûretés de l'intimé

En droit des brevets, la loi permet au juge de renoncer aux mesures provisionnelles «si la partie adverse fournit au requérant des sûretés suffisantes» (art. 79 al. 2 LBI). Dans les autres branches de la propriété intellectuelle comme en matière de concurrence déloyale, il n'existe pas de disposition équivalente. Il faut toutefois admettre que la même règle vaut également dans ces domaines²⁸¹.

Le Tribunal fédéral a affirmé que le juge ne pouvait renoncer aux mesures provisionnelles que si l'intimé a non seulement proposé de verser des sûretés, mais qu'il les a effectivement payées²⁸². Cette règle a été critiquée avec raison: avant que l'intimé ne verse des sûretés, il doit en connaître le montant, et celui-ci doit être fixé par le juge²⁸³. De plus, à appliquer la jurisprudence du Tribunal fédéral,

consid. X (Rivella / Apiella). *Contra*: VON BÜREN/MARBACH (n. 2), n. 919.

²⁸² ATF 103 II 287 consid. 5; ATF 94 I 8 consid. 10.

²⁸³ DAVID (n. 1), 184.

l'intimé prend le risque de payer sans cause, puisque le juge (dont la décision intervient dans cette constellation après versement des sûretés) pourrait estimer que l'on n'est pas dans un cas où il se justifie de renoncer aux mesures provisionnelles contre paiement de sûretés.

Quoi qu'il en soit, le juge devra se montrer restrictif dans la renonciation à des mesures provisionnelles en présence de sûretés de l'intimé²⁸⁴. En somme, le juge ne devrait en principe le faire que si le motif des mesures provisionnelles repose sur la solvabilité douteuse de l'intimé²⁸⁵. En effet, lorsque le dommage difficilement réparable réside dans les difficultés de prouver ou de calculer le dommage ou, pire, dans un préjudice de nature immatérielle, des sûretés ne permettront pas d'y pallier.

Toutefois, il m'apparaît que le juge devrait également se souvenir de l'institution des sûretés de l'intimé lorsqu'il s'apprête à rejeter les conclusions de la requête non pas parce que les conditions de l'octroi de mesures provisionnelles (vraisemblance de la violation et du dommage difficilement réparable) ne sont pas réunies, mais parce que les mesures apparaissent comme disproportionnées, par exemple parce qu'elles reviendraient à préjuger du fond. Dans un tel cas, les sûretés de l'intimé me paraissent un pis aller auquel le juge devrait avoir recours, même sans conclusions idoines du requérant (selon le principe *in maiore minus*), plutôt que de rejeter la requête purement et simplement.

Résumé

En cas de violation de droits de propriété intellectuelle ou d'atteinte à la concurrence loyale, le lésé est souvent amené à requérir le prononcé de mesures provisionnelles. Par essence, l'avocat qu'il consulte est alors appelé à agir rapidement, ce qui suppose qu'il sache

très précisément quels types d'éléments doivent figurer dans sa requête.

En particulier, l'auteur d'une requête de mesures provisionnelles doit se souvenir qu'il ne lui suffit pas d'évoquer dans l'abstrait la violation incriminée, mais qu'il faut également qu'il rende vraisemblable le risque concret de commission de l'atteinte (première violation, continuation ou réitération, suivant le cas). En outre, les avocats ont parfois tendance à oublier que l'existence d'un dommage difficilement réparable n'est pas présumée et qu'ils doivent au contraire la rendre vraisemblable²⁸⁶. Enfin, il y a lieu de soigner la rédaction des conclusions, qui doivent être spécifiques au cas d'espèce tout en étant assez larges pour ne pas permettre à l'intimé de contourner trop aisément la mesure qui en découlera.

Le juge des mesures provisionnelles aura à cœur de ne prononcer que des mesures conformes au principe de la proportionnalité. Ses injonctions doivent dès lors être propres à atteindre le but recherché et elles ne peuvent aller au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation de ce but. En outre, la nature de la conclusion influera sur le degré de sévérité du magistrat: plus la mesure requise paraîtra incisive et lourde de conséquences pour l'intimé, et plus le juge se montrera exigeant dans l'appréciation des conditions de l'admission de la requête. Les mesures difficilement réversibles ne devront en principe être prononcées que si la position du requérant apparaît comme évidente et indubitable, pour reprendre les termes employés par le Tribunal fédéral.

A trop tarder avant d'agir en justice, le lésé prend le risque de voir se périmier son droit à obtenir des mesures provisionnelles. Le Tribunal fédéral raisonne ici selon le critère dit de l'urgence relative: la requête ne sera rejetée que s'il s'avère qu'une procédure ordinaire introduite en temps utile eût abouti à une résolution du litige plus ou moins en même temps. De ce fait,

même l'écoulement d'un laps de temps relativement long n'est souvent pas de nature à entraîner la péremption du droit d'obtenir des mesures d'urgence. De plus, le temps consacré à des démarches légitimes telles que des pourparlers transactionnels n'est pas pris en compte dans le calcul.

Parfois, l'urgence est telle que le juge n'a pas le temps d'entendre la partie adverse avant de les prononcer. Il rend alors des mesures dites préprovisionnelles. Les tribunaux devraient se montrer très restrictifs à cet égard, compte tenu de la dérogation au droit d'être entendu qu'implique une telle décision. Dans les cas où l'urgence est telle qu'une décision doit intervenir sans attendre la fin d'une instruction provisionnelle complète, sans pour autant qu'elle doive nécessairement être prise dans les heures qui suivent le dépôt de la requête, le juge devrait se refuser à donner suite à la requête sans interpellier préalablement la partie intimée; il rendra alors une première décision au terme d'une instruction rapide, qui sera suivie d'une instruction provisionnelle en bonne et due forme. En tout état de cause, le juge des mesures préprovisionnelles ne doit pas omettre de se pencher sur la question des sûretés, qui sont généralement de mise.

²⁸⁴ ZÜRCHER (n. 18), 259; PELET (n. 1), 100; TROLLER (n. 55), 1077. Voir aussi ATF 103 II 287 consid. 5: de telles mesures ne sont que rarement en mesure de réparer pleinement le dommage. *Contra*: MEIER (n. 28), 303. Plus nuancé: HGer Zürich, sic! 1997, 65 consid. X (Rivella/Apiella), qui préconise une application du principe de la proportionnalité; in casu, il n'a pas été jugé possible de renoncer aux mesures provisionnelles contre versement de sûretés car la violation était crasse et l'atteinte lourde de conséquences pour le requérant, alors que la mesure apparaissait comme supportable par l'intimé.

²⁸⁵ ZÜRCHER (n. 18), 289. Voir aussi DAVID (n. 1), 184 s. (qui plaide cependant en faveur d'un recours plus large à cette institution).

²⁸⁶ TROLLER (n. 278), 313.

Zusammenfassung

Im Falle der Verletzung von Immaterialgüterrechten oder der Beeinträchtigung des laueren Wettbewerbs, sieht sich der Verletzte häufig dazu verleitet, die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen zu beantragen. Naturgemäss muss der Anwalt, den er zu diesem Zweck aufsucht, rasch handeln. Dies setzt voraus, dass dieser genau weiss, welche Arten von Unterlagen sein Antrag enthalten muss.

Um vorsorgliche Massnahmen erwirken zu können, muss sich der Antragsteller insbesondere daran erinnern, dass es nicht genügt, eine Verletzung abstrakt darzustellen. Vielmehr muss er darüber hinaus glaubhaft machen, dass eine konkrete Gefahr der Begehung der Straftat besteht (erste Verletzung, Fortsetzung oder Wiederholung, je nach Fall). Die Anwälte neigen ausserdem manchmal dazu zu vergessen, dass nicht vom Bestehen eines schwer wiedergutzumachenden Schadens ausgegangen wird, sondern dass sie diesen glaubhaft machen müssen. Schliesslich ist eine sorgfältige Abfassung der Anträge angebracht, welche spezifisch auf den Fall bezogen sein und zugleich genügend weit formuliert sein müssen, damit der Beklagte die daraus folgende Massnahme nicht zu leicht umgehen kann.

Der Richter der vorsorglichen Massnahmen wird darauf bedacht

sein, nur solche Massnahmen anzuordnen, die dem Verhältnismässigkeitsprinzip entsprechen. Seine Anordnungen müssen somit zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet sein und dürfen nicht über das hierzu erforderliche Mass hinausgehen. Die Art der beantragten Massnahme beeinflusst ausserdem den Grad der Strenge des Richters: Je einschneidender sie sich für den Beklagten auswirkt, desto anspruchsvoller wird der Richter bei der Prüfung des Antrages sein. Massnahmen, die nur schwer rückgängig gemacht werden können, sollen grundsätzlich nur dann angeordnet werden, wenn die Lage des Antragstellers eindeutig und unzweifelhaft erscheint, um die Worte des Bundesgerichts aufzunehmen.

Zögert der Verletzte zu lange, bevor er eine Klage erhebt, riskiert er sein Recht auf den Erlass vorsorglicher Massnahmen zu verlieren. Das Bundesgericht stützt sich in diesem Zusammenhang auf das sogenannte Kriterium der relativen Dringlichkeit: Der Antrag wird nur dann abgewiesen, wenn es sich erweist, dass eine rechtzeitig erhobene Klage ungefähr gleichzeitig zur Lösung des Streitfalles geführt hätte. Daraus folgt, dass oft sogar der Ablauf eines relativ langen Zeitraums nicht den Verlust des Rechts auf den Erlass dringlicher Massnahmen zur Folge hat. Die Zeit, die den

rechtmässigen Schritten, wie zum Beispiel der Streitbeilegung, gewidmet ist, wird in der Berechnung nicht berücksichtigt.

In manchen Fällen besteht eine derartige Dringlichkeit, dass der Richter keine Zeit hat, vor Erlass der Massnahmen die Gegenpartei anzuhören. Er ordnet in diesen Fällen sogenannte superprovisorische Massnahmen an. Die Gerichte sollten sich diesbezüglich sehr restriktiv verhalten, da durch einen solchen Entscheid gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör verstossen wird. Wo eine derartige Dringlichkeit besteht, dass ein Entscheid gefällt werden muss ohne den Ausgang der vollständigen einstweiligen Untersuchung abzuwarten, er jedoch nicht unbedingt in den Stunden nach Einreichung des Antrags gefällt werden muss, sollte der Richter dem Antrag nicht Folge leisten, ohne vorher die beklagte Partei befragt zu haben; in einem solchen Fall fällt der Richter im Anschluss an eine rasche Untersuchung einen ersten Entscheid, worauf eine einstweilige Untersuchung in der vorgeschriebenen Form folgen wird. In jedem Fall muss sich der Richter der superprovisorischen Massnahmen mit der Frage der Sicherheitsleistung befassen, welche in der Regel angebracht ist.