

L'astreinte: une mesure injustement boudée par le Projet de Code de procédure civile?

JUAN CARLOS LANDROVE* ET JAMES JOHN GREUTER**

Mots clés: Astreinte, mesure préventive, mesure d'incitation, exécution, procédure,
Code de procédure civile, Projet de Code de procédure civile, judiciaire, arbitrage

Introduction

L'astreinte vise à forcer son destinataire, sous peine d'une sanction pécuniaire, à respecter ses obligations issues d'une décision judiciaire. Sa particularité réside dans le fait qu'elle intervient avant une violation du droit et vise à éviter cette dernière (mesure préventive). En outre, le montant de sa sanction pécuniaire peut croître¹. Une telle mesure judiciaire fait actuellement défaut en droit fédéral suisse². L'astreinte a été proposée au titre 5 de la deuxième partie de l'Avant-projet de Code de procédure civile de juin 2003³. Cependant, elle a été exclue du Projet⁴.

Nous examinerons le bien-fondé de cette exclusion du P-CPC. A cette fin, il est nécessaire d'étudier la notion d'astreinte ainsi que son régime actuel.

* Chargé de cours (Université de Lausanne), docteur en droit (Université de Lucerne), LL.M. (Université de New York), avocat aux barreaux de Genève, Madrid et New York.

** Assistant de recherche et d'enseignement (Université de Lausanne), doctorant (Université de Genève), M.B.L. (Universités de Genève et Lausanne).

1 THIERRY FOSSIER, L'astreinte des juridictions civiles, in: Serge Guinchard et Tony Moussa (éd.), *Droit et pratique des voies d'exécution 2007/2008*, 5^e éd., Paris 2007, p. 319 ss, p. 319, § 410.05; ROGER PERROT/PHILIPPE THÉRY, *Procédures civiles d'exécutions*, 2^e éd., Paris 2005, p. 73, § 68; LAURENT LÉVY, *Les astreintes et l'arbitrage international en Suisse*, Bull. ASA 2001, p. 21 ss, p. 21; JEAN VINCENT/JACQUES PRÉVAULT, *Voies d'exécution et procédure de distribution*, 19^e éd., Paris 1999, p. 25; EUGÈNE CRACIUN, *Théorie de l'astreinte*, thèse, Paris 1914, p. 18 et 20 ss; MARC BRÉSARD, *Théorie de l'astreinte, évolution-application-critique*, thèse, Lyon 1901, p. 7. Pour des exemples d'application, voir ALBERT BERNARD, *Théorie des astreintes*, thèse, Marseille 1909, p. 11.

2 Voir note 5071 et le texte y relatif.

3 http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/staat_buerger/gesetzgebung/zivilprozess.Par.0002.File.tmp/entwzpo-f.pdf; ci-après: AP-CPC.

4 Projet de Code de procédure civile (FF 2006 7019 ss; ci-après: P-CPC). Message y relatif, FF 2006 6841 ss.

A. Les astreintes «civile» et «pénale»

I. Généralités

L'astreinte est mentionnée à plusieurs reprises dans la jurisprudence suisse⁵. Cependant, le terme «astreinte» semble être employé de manière générique, désignant l'astreinte tant «civile» que «pénale»⁶ augmentant le risque de confusion⁷. Or, si ces deux types d'astreintes visent la même fin⁸, ils n'ont pas la même origine et obéissent à des règles différentes. L'astreinte «pénale» est de source germanique, alors que l'astreinte «civile» est de source française⁹. L'astreinte «pénale» est connue de certains cantons alémaniques, alors que l'astreinte «civile» ne l'est que du Canton de Genève.

Le terme «astreinte» devrait être employé uniquement en référence à l'astreinte «civile» (*Zwangsgeld*). L'astreinte «pénale» devrait être désignée par le terme «amende d'ordre» (*Ordnungsbusse*). L'AP-CPC employait ces deux termes distincts. Le P-CPC a repris le terme «amende d'ordre» pour se référer à l'astreinte «pénale»¹⁰. Le terme «astreinte» semble dès lors se référer exclusivement à l'astreinte «civile».

Afin de distinguer ces deux mesures, il convient d'examiner brièvement l'amende d'ordre.

II. L'amende d'ordre

Actuellement, seuls les cantons de: Appenzell Rhodes-extérieures, Glaris, Obwald, Saint-Gall, Schwyz, Thurgovie et Zürich régissent le recours à l'amende d'ordre.

1. Le régime actuel

L'amende d'ordre est fondée sur la base de l'art. 335 al. 1 CP. Cet article autorise les cantons à légiférer en matière de mesures pénales qui ne font pas l'objet de la législation fédérale; ce qui est notamment le cas de la violation de dispositions procédurales cantonales¹¹. Les amendes d'ordre ne sont donc pas des me-

5 SJ 1983, p. 598; ATF 1971 II 461; ATF 1970 I 82; ATF 1968 I 427. Voir aussi BJM 1987, p. 314.

6 Voir notamment ZR 1988, p. 97 s. et JdT 2003 I 633.

7 La doctrine confond parfois également ces deux notions, voir WALTER J. HABSCHIED, *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, 2^e éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1990, p. 588, N 959.

8 Assurer le respect de décisions du juge.

9 Voir PIERRE TERCIER, *Des astreintes*, BR 1982, p. 76 ss, p. 77 et sa référence.

10 Voir art. 332 al. 1 lit. b et lit. c AP-CPC.

11 ZR 1982, N 30; TERCIER (note 9), p. 77. Voir art. 293 et 299 CPC/SG; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, *Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Zivilprozessgesetz vom 20. Dezember 1990*, Berne 1999, p. 477, § 3 et p. 636 s., § 3.

sures de droit civil, notamment des peines privées, mais des amendes de nature pénale¹². Ces mesures sanctionnent non pas la violation d'une obligation, mais le refus d'obéir à l'ordre d'un juge. Pour ces raisons, le Tribunal fédéral considère que les amendes d'ordre sont des sanctions procédurales et non des dommages-intérêts¹³.

L'amende d'ordre ne peut assortir qu'une décision du juge dont l'objet est une obligation de faire, de s'abstenir ou de tolérer¹⁴. Suivant les cantons, l'amende d'ordre peut renforcer toute décision¹⁵ ou uniquement des décisions exécutoires¹⁶.

En tant que sanction pénale, l'amende d'ordre doit respecter les dispositions pénales, en particulier l'art. 1^{er} CP (principe de la légalité)¹⁷. Elle ne peut donc être prononcée que si elle est expressément prévue par la loi¹⁸. Elle requiert également dans tous les cas un acte intentionnel et coupable¹⁹. Quant à sa quotité, elle doit être déterminée selon la culpabilité de son destinataire ainsi que selon sa situation personnelle et économique²⁰. Par conséquent, le montant définitif de l'amende d'ordre ne peut être fixé qu'après la violation de l'ordre du juge que cette mesure assortit²¹. Fixer définitivement à l'avance le montant de cette amende constituerait une violation des droits de procédure²², en particulier de la présomption d'innocence. En tant qu'amende pénale, ce sont les caisses de l'Etat qui en bénéficient et non la partie adverse. Dans certains cantons, un montant quotidien maximum est expressément prévu par la loi²³.

12 TERCIER (note 9), p. 77 s. Comme le souligne, à juste titre, la doctrine, il aurait été préférable de recourir à des mesures civiles en cas de litiges de nature civile; celles-ci étant plus adaptées aux intérêts des parties (idem, p. 78).

13 ATF 1964 II 163; SJ 1945, p. 348; ATF 1917 II 664=SJ 1918, p. 137; RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, *Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung*, 3^e éd., Zurich 1997, ad § 306, N 7.

14 Voir notamment art. 297 CPC/OW; § 232 al. 1 CPC/SZ; § 260 CPC/TG; § 304 CPC/ZH. Les obligations pécuniaires en sont exclues (voir notamment art. 288 CPC/AR; art. 296 CPC/OW; § 231 CPC/SZ; § 259 CPC/TG; § 303 CPC/ZH).

15 Art. 345 CPC/GL; art. 293 CPC/OW. Certains cantons prévoient que les mesures provisoires et conservatoires prononcées par d'autres cantons, *a fortiori* par leurs autorités, peuvent être assorties d'une amende d'ordre (art. 294 s. CPC/OW; art. 345 CPC/GL; § 229 s. CPC/SZ; § 258 CPC/TG; § 301 s. CPC/ZH).

16 § 228 CPC/SZ; § 257 CPC/TG; § 300 CPC/ZH.

17 Voir TERCIER (note 9), p. 77.

18 Elle ne peut donc être fondée *praetor legem*.

19 Art. 12 al. 1 CP. L'intention doit consister en la violation d'un ordre dicté par l'Etat (voir URS HAUBENSAK, *Die Zwangsvollstreckung nach der zürcherischen Zivilprozessordnung*, thèse, Zurich 1975, p. 35).

20 Voir art. 47 CP; HAUBENSAK (note 19), p. 37; LEUENBERGER/ÜFFER-TOBLER (note 11), p. 637, § 3.

21 HAUBENSAK (note 19), p. 36 s.; ZR 1988, N 41; ZR 1982, N 15; FRANK/STRÄULI/MESSMER (note 13), ad § 306, N 8.

22 Art. 6 CEDH (RS 0.101).

23 Voir § 4 al. 2 de la *Gesetz betreffend die Ordnungsstrafen* (ZH); art. 328 de la *Gesetz betreffend den Strafprozess (Strafprozessordnung)* (ZH); ZR 1988, N 41; ZR 1982, N 15; FRANK/STRÄULI/MESSMER (note 13), ad § 306, N 4; HABSCHIED (note 7), p. 588, N 959; HAUBENSAK (note 19), p. 36.

2. *Le Projet de Code de procédure civile suisse*

Selon le texte proposé, qui reprend les propositions de l'AP-CPC²⁴, l'amende d'ordre doit être requise au tribunal d'exécution²⁵. Cette mesure ne peut assortir qu'une décision exécutoire²⁶ qui prescrit une obligation de faire, de tolérer ou de s'abstenir²⁷. La partie requérante doit démontrer que les conditions de l'exécution sont remplies et présenter les documents nécessaires²⁸. Le montant de l'amende d'ordre ne peut dépasser CHF 1 000.– par jour.

Contrairement au régime en vigueur²⁹, les amendes d'ordre du P-CPC ne se fondent pas sur l'art. 335 CP. L'amende d'ordre pourrait dès lors ne plus être de nature exclusivement pénale, mais être une sanction administrative³⁰. Son montant ne devrait donc pas être déterminé selon la culpabilité³¹, ni être limité au montant maximum prévu par le Code pénal³².

B. La situation juridique de l'astreinte jusqu'à présent

I. En France

1. Généralités

L'astreinte a été créée par les juges français au 19^e siècle³³. En raison de sa source *praetor legem*, ceux-ci ont dû la fonder sur une mesure similaire prévue par la loi³⁴, en l'occurrence, sur les dommages-intérêts de l'art. 1142 CCfr. Cet article dispose que «toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur»³⁵.

24 Comparer l'art. 332 al. 1 lit. b AP-CPC à l'art. 341 al. 1 lit. b P-CPC.

25 Art. 336 al. 1 P-CPC.

26 Art. 334 P-CPC. A comparer aux notes 15 et 16 ainsi qu'au texte y relatif.

27 Art. 341 al. 1 lit. b P-CPC.

28 Art. 336 al. 2 P-CPC.

29 Voir ci-dessus A.II.1.

30 Compte tenu qu'elle profite à l'Etat et non à la partie adverse, elle ne peut ressortir qu'au droit public. Il est disproportionné de considérer que le non-respect d'une décision assortie d'une amende d'ordre requiert une répression du corps social. Par conséquent, cette mesure devrait être exclusivement administrative.

31 Son montant devrait être défini notamment selon le principe de la proportionnalité (voir PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. II, 2^e éd., Berne 2002, p. 77 ss). Une amende d'ordre «définitive» pourrait alors être prononcée, le principe de la présomption d'innocence n'étant pas un principe de droit administratif.

32 Contrairement aux amendes d'ordre actuelles.

33 PERROT/THÉRY (note 1), p. 75, § 69; LÉVY (note 1), p. 21; VINCENT/PRÉVAULT (note 1), p. 25. Pour une approche historique, voir CRACIUN (note 1), p. 24 ss.

34 Les juges n'auraient pu que difficilement justifier la création d'une mesure complètement nouvelle et étrangère sans empiéter sur les prérogatives du pouvoir législatif (principe de la séparation des pouvoirs).

35 LÉVY (note 1), p. 21; PERROT/THÉRY (note 1), p. 75, § 69; KÜBRA D. YENISEY, *La modification du contrat de travail*, Etudes de droit suisse et de droit français, Genève/Zurich/Bâle 2005, p. 374.

Le droit français distingue les astreintes «provisoire» et «définitive». Ces adjectifs ne qualifient pas l'astreinte elle-même mais les modalités de calcul fixées lors de son prononcé. Le juge chargé de la liquidation ne peut revoir lesdites modalités qu'en cas d'astreinte provisoire³⁶.

2. Ses origines et son développement

A ses débuts, l'astreinte fut considérée comme une forme de dommages-intérêts³⁷. Les tribunaux refusaient ainsi de liquider l'astreinte à un montant excédant celui du préjudice³⁸.

Cette limitation vidait l'astreinte de tout intérêt pratique. En effet, son destinataire savait qu'au pire, il ne serait tenu qu'au montant du préjudice subi par le bénéficiaire de l'astreinte. L'astreinte correspondait ainsi plus à un dédommagement provisoire payé par avance qu'à une mesure de contrainte. Cette conception fut vivement critiquée par la doctrine en raison de l'absence de distinction matérielle entre l'astreinte et les dommages-intérêts³⁹.

Le 20 octobre 1959, un revirement de jurisprudence eut lieu. La Cour de cassation décida, en ce qui concerne les astreintes provisoires, d'autoriser les juges à les liquider à un montant supérieur au dommage subi par leur bénéficiaire⁴⁰. La Cour de cassation française reconnut dès lors clairement à l'astreinte provisoire une nature de peine privée et non de dommages-intérêts⁴¹.

Selon le droit français en vigueur⁴², l'astreinte est présumée provisoire⁴³. Son destinataire peut échapper à celle-ci à la seule condition qu'il ne soit pas responsable de l'inexécution des obligations qu'elle renforce⁴⁴. Tout juge peut prononcer d'office une astreinte⁴⁵. La loi dispose expressément que l'astreinte est indépendante des dommages-intérêts⁴⁶. Celle-ci correspond ainsi à une véritable peine privée, une sanction, qui vise à punir (caractère punitif) son destinataire et non à réparer le dommage que subirait son bénéficiaire (caractère non compensatoire). L'astreinte définitive ne peut être prononcée qu'à certaines conditions, notamment le prononcé préalable d'une astreinte provisoire⁴⁷. En

36 PERROT/THÉRY (note 1), p. 90 s., § 80 et p. 105, § 93.

37 PERROT/THÉRY (note 1), p. 75, § 69.

38 PIERRE RAYNAUD, La distinction de l'astreinte et des dommages-intérêts dans la jurisprudence française récente, in: *Mélanges Roger Secrétan*: recueil de travaux, Lausanne 1964, p. 249 ss, p. 251, § 4.

39 *Idem*, p. 252, § 6 et ses références.

40 Voir l'Arrêt de la Cour de cassation française du 20 octobre 1959, *Recueil Dalloz* 1959, p. 537.

41 *Idem*, p. 257 s, § 16.

42 A ce sujet, voir FOSSIER (note 1), p. 319 ss, § 41; PERROT/THÉRY (note 1), p. 73 ss, § 68 ss.

43 Art. 34 al. 2 de la Loi n° 91-650.

44 Art. 36 al. 3 de la Loi n° 91-650.

45 Art. 33 al. 1 de la Loi n° 91-650.

46 Art. 34 al. 1 de la Loi n° 91-650.

47 Art. 34 al. 3 de la Loi n° 91-650.

cas d'astreinte provisoire, le juge chargé de sa liquidation peut réviser la méthode de détermination de son montant, alors qu'en cas d'astreinte définitive, une telle faculté lui échappe⁴⁸. Sa liquidation appartient en principe au juge de l'exécution⁴⁹.

II. En Suisse

1. Le droit en vigueur

a. Généralités

L'astreinte n'est pas prévue par le droit fédéral⁵⁰. Par conséquent, les juges fédéraux ne semblent pas pouvoir recourir à cette mesure.

Le catalogue des mesures d'exécution à disposition des juges (cantonaux) et des parties dépend de la nature du droit matériel en cause. L'exécution des prestations pécuniaires dépend uniquement de la LP⁵¹. Cette loi ne prévoyant pas le recours à l'astreinte, cette dernière ne devrait pas pouvoir être prononcée pour renforcer un droit matériel pécuniaire⁵². En ce qui concerne, les autres types de prestations⁵³, leur exécution dépend du droit cantonal.

b. La notion d'astreinte

ba. Son origine

Influencés par le droit français⁵⁴, les juges genevois ont fondé *praetor legem* leur compétence à prononcer une astreinte⁵⁵. Le Canton de Genève n'a jamais légiféré à ce sujet. Au sens du Tribunal fédéral, l'astreinte est une mesure d'exécution⁵⁶, plus précisément une mesure comminatoire⁵⁷ distincte de la réparation du dommage causé par l'inexécution⁵⁸.

48 Art. 36 al. 2 de la Loi n° 91–650.

49 Art. 35 de la Loi n° 91–650.

50 Art. 74 ss de la *Loi fédérale de procédure civile fédérale* (RS 273; ci-après: LP). Il convient de préciser que l'astreinte n'est pas *expressément* prévue par le droit fédéral. Les juges fédéraux pourraient-ils cependant la fonder *praetor legem* comme cela est le cas à Genève (voir ci-dessous A.II.1.ba.)? A l'époque, le Tribunal fédéral n'y semblait pas favorable (ATF 1964 II 163; HABSCHIED [note 7], p. 588, N 959).

51 Voir également art. 97 al. 2 CO.

52 Cependant, voir ci-dessous A.IV.1.

53 C'est-à-dire les obligations de faire, de tolérer ou de s'abstenir. Voir art. 97 al. 2 CO et ATF 1917 II 664=SJ 1918, p. 137.

54 TERCIER (note 9), p. 77.

55 SJ 1967, p. 201; SJ 1940, p. 7; BERNARD BERTOSSA/LOUIS GAILLARD/JACQUES GUYET/ANDRÉ SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile du canton de Genève du 10 avril 1987, III (Art. 320 à 519), 3^e éd., Genève 1993, ad art. 462, § 2.

56 SJ 1940, p. 7, qui dispose que «[l'astreinte est une mesure d'exécution qui] se rapporte à l'éventualité d'un préjudice futur». Voir également ATF 1917 II 664 = SJ 1918, p. 137.

57 ATF 1964 II 163; SJ 1945, p. 348; SJ 1940, p. 8.

58 ATF 1964 II 163, qui renvoie à ATF 1917 II 664 s. = SJ 1918, p. 137 s.

Pour être conforme au droit fédéral, l'astreinte ne doit pas correspondre à une condamnation définitive à raison d'un dommage futur et indéterminé⁵⁹. La jurisprudence en recourant notamment aux expressions «indemnité à raison d'un dommage futur» ou «fixer d'avance la quotité de la réparation d'un dommage»⁶⁰ et en se basant sur le régime de la réparation du dommage⁶¹ démontre clairement qu'elle assimile matériellement l'astreinte à une forme de dédommagement. Ainsi, le courant jurisprudentiel selon lequel l'astreinte est distincte de la réparation du dommage⁶² ne concerne pas le but de l'astreinte mais uniquement le moment de sa mise en œuvre⁶³. *De lege lata*, l'astreinte n'est pas une peine privée⁶⁴ mais une mesure compensatoire. En somme, elle se distingue de la réparation (ordinaire) du dommage uniquement en raison du fait qu'elle intervient avant le dommage (dommage futur), alors que la réparation du dommage intervient après celui-ci (dommage subi)⁶⁵.

Au vu des considérations du Tribunal fédéral, l'astreinte ne peut prendre la forme d'une condamnation définitive que si le dommage (futur) peut être déterminé⁶⁶. Dans les autres situations, elle correspond à une condamnation provisoire⁶⁷. Le droit en vigueur interdisant d'assimiler l'astreinte à une peine privée⁶⁸, le montant de l'astreinte ne peut en aucun cas excéder celui du préjudice effectivement subi par son bénéficiaire. Ses effets sont donc identiques à ceux d'une action en réparation du dommage.

bb. Son développement depuis la révision du code genevois de procédure civile

En 1982, le Code de procédure civile genevois fut révisé. L'astreinte n'ayant pas été expressément intégrée lors de la révision, les juges genevois ont considéré que le législateur avait clairement décidé de l'exclure⁶⁹.

Cette position fut critiquée par la doctrine⁷⁰. Celle-ci considéra que «la question peut rester ouverte s'agissant d'un silence qualifié ou non» et qu'en l'absence d'une mesure telle que l'astreinte, les parties n'auraient que trop peu de

59 ATF 1917 II 664=SJ 1918, p. 137.

60 SJ 1918, p. 133 s. ainsi que 137 s.; ATF 1917 II 664 s. = SJ 1918, p. 137 s.

61 En particulier, en requérant que le bénéficiaire de l'astreinte ait à prouver son dommage pour pouvoir en réclamer le paiement (SJ 1945, p. 349).

62 Voir ATF 1964 II 163, qui renvoie à ATF 1917 II 664 s. = SJ 1918, p. 137 s.

63 Le libellé de l'ATF 1694 II 163 pourrait laisser croire le contraire mais sa cohérence interne le requiert.

64 A ce sujet, selon la jurisprudence, l'astreinte ne peut en aucun cas revêtir un tel caractère (SJ 1945, p. 349).

65 *De lege lata*, c'est uniquement en cela que l'astreinte se distingue de la réparation du dommage (voir note 58 et le texte y relatif)

66 Voir *a contrario* note 59 et le texte y relatif.

67 C'est-à-dire à une astreinte provisoire.

68 Voir note 64.

69 Silence qualifié de la loi. Voir SJ 1982, p. 439.

70 TERCIER (note 9), p. 76 ss; BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT (note 55), *ad art.* 462, § 2.

mesures efficaces à disposition pour assurer le respect de leur droit, notamment en cas d'obligation de faire ou de s'abstenir⁷¹. Ces mesures peuvent être distinguées selon qu'elles permettent une exécution effective de la prestation (mesures d'exécution⁷²)⁷³ ou une compensation du préjudice résultant de l'inexécution (mesures de compensation)⁷⁴.

Le droit fédéral prévoit qu'en cas d'inexécution d'une obligation de faire, le créancier peut recourir à un tiers, au frais du débiteur, pour exécuter la prestation⁷⁵. Cependant, cela n'est possible que lorsque l'obligation n'est pas personnelle. Dans les autres cas⁷⁶, le CO ne prévoit que la compensation du dommage subi⁷⁷. Cette approche est inconvenante, car, dans ces situations, le créancier a davantage intérêt à l'exécution régulière de la prestation qu'à une compensation. Par ailleurs, en plus d'être le plus souvent tardive, la compensation ne permet pas toujours de réparer le préjudice effectivement subi par le lésé⁷⁸.

En ce qui concerne les mesures d'exécution, compte tenu du fait que les mesures d'exécution directe ne sont pas toujours adaptées pour assurer l'exécution de certaines prestations et peuvent suivant les circonstances apparaître comme disproportionnées⁷⁹, les mesures d'exécution indirecte conservent un grand intérêt.

En 1986, les juges genevois, en n'infirmant pas l'existence de l'astreinte, se sont distancés de leur précédente position⁸⁰. Depuis, les tribunaux genevois n'ont jamais remis en question l'existence de l'astreinte⁸¹. En somme, ils semblent

71 TERCIER (note 9), p. 76.

72 Les mesures d'exécution peuvent être distinguées selon que leur mise en œuvre requiert la puissance publique (mesure d'exécution directe) ou non (mesure d'exécution indirecte). Ces dernières ne visent qu'à forcer leur destinataire à s'exécuter conformément à leurs obligations. Contrairement aux mesures d'exécution directe qui permettent l'exécution de la prestation sans la collaboration du débiteur, les mesures d'exécution indirecte requièrent sa collaboration. Les mesures d'exécution indirecte ne permettent pas d'obtenir l'exécution de la prestation. L'astreinte, en raison du fait qu'elle ne peut empêcher que son destinataire ne viole la décision qu'elle assortit, doit être qualifiée de mesure d'exécution indirecte (mesure d'incitation à l'exécution volontaire).

73 Art. 97 al. 2 CO.

74 Art. 97 al. 1 CO.

75 Art. 98 al. 1 CO.

76 Obligations de faire non personnelles et obligations de s'abstenir.

77 Art. 97 al. 1 CO. TERCIER (note 9), p. 76.

78 Voir notamment PIERRE BELLET, La justice civile en question, SJ 1973, p. 609 ss, p. 620; TERCIER (note 9), p. 6. Le préjudice peut se révéler impossible à traduire en des termes monétaires. En effet, il peut s'exprimer en la perte de clientèle, une atteinte à l'image, etc. Par ailleurs, son étendue n'est pas toujours déterminable (en particulier, en cas de préjudices réflexes ou indirects; par exemple, une atteinte à l'image qui implique une perte de clientèle qui, elle, conduit à une implantation moins forte sur le marché considéré, etc.).

79 Voir TERCIER (note 9), p. 76 et également HAUBENSAK (note 19), p. 35.

80 RSPI 1986, p. 267 et p. 271.

81 Voir LAURA JACQUEMOUD-ROSSARI, Reddition de comptes et droit aux renseignements, SJ 2006 II, p. 23 ss, p. 26, qui se réfère à l'ACJ 4/1998 du 8 janvier 1998 (non publié), consid. 3 *in fine*. Dans cet Arrêt, la Cour n'a pas remis en question l'existence de l'astreinte mais a déclaré qu'elle ne pouvait pas assortir des mesures intérimaires ou conservatoires.

actuellement autoriser le recours à l'astreinte. Cependant, en raison du droit suisse en vigueur, l'astreinte semble devoir être assimilée à une forme d'avance sur dommages-intérêts et non à une peine privée⁸². D'un point de vue pratique, elle n'apporterait rien de plus que l'action en réparation du préjudice. Requérir une astreinte ou agir en responsabilité est d'un point de vue économique indifférent⁸³. L'astreinte est ainsi dépourvue de toute contrainte et n'a donc aucun véritable intérêt.

c. Le régime de l'astreinte

En raison des différents revirements jurisprudentiels et de sa source prétorienne, il est difficile d'établir clairement le régime de l'astreinte.

Nous pouvons cependant souligner que l'astreinte vit deux étapes importantes: la première son prononcé et la seconde sa liquidation⁸⁴. Durant la période allant de son prononcé jusqu'à sa liquidation, l'astreinte ne consiste qu'en une menace. Ce n'est que lors de sa liquidation que la menace qu'elle représente se concrétise en une véritable sanction: une créance pécuniaire exigible⁸⁵. Le bénéficiaire de l'astreinte peut alors requérir l'exécution forcée de cette créance et faire ressentir au destinataire la pression de cette mesure⁸⁶.

ca. L'objet de l'astreinte

L'astreinte renforce une décision du juge et non le droit ou l'obligation que celle-ci constate. Ces derniers, même s'ils sont à l'origine de l'action intentée, ne sont en aucun cas l'objet principal de l'astreinte. Leur protection n'est qu'indirecte⁸⁷. L'astreinte est l'accessoire de la décision du juge⁸⁸.

L'astreinte peut ne renforcer qu'une décision judiciaire ordonnant le respect d'une obligation de faire, de s'abstenir ou de tolérer⁸⁹. En effet, l'exécution d'obligations pécuniaires dépend exclusivement de la LP. Or, cette dernière ne prévoit pas l'astreinte dans son catalogue exhaustif de mesures⁹⁰.

La Cour de justice de Genève semble considérer qu'une décision ordonnant des mesures provisoires ou conservatoires ne peut être assortie d'une as-

82 Le concept genevois de l'astreinte correspondrait au concept français antérieur à 1959, voir SJ 1945, p. 349 ainsi que ci-dessus A.I.2.

83 Voir également ci-dessus A.I.2.

84 A ce sujet, voir PERROT/THÉRY (note 1), p. 73, § 68.

85 L'astreinte devient liquide. Voir idem, p. 92, § 83.

86 Voir notamment idem, p. 96, § 85.

87 Voir notamment idem, p. 74, § 68.

88 Voir notamment ibidem.

89 RSPI 1986, p. 267; SJ 1983, p. 598; ATF 1969 II 461; SJ 1945, p. 337; SJ 1940, p. 7; ATF 1917 II 660 = SJ 1918, p. 133.

90 Cependant, voir ci-dessous A.IV.1.

treinte⁹¹. Cette mesure ne pourrait ainsi assortir que des jugements et non des ordonnances.

cb. Le prononcé de l'astreinte

cba. La requête, le bénéficiaire et l'autorité compétente

L'astreinte a toujours été requise par les parties⁹². On ne peut dès lors déterminer si les tribunaux peuvent la prononcer d'office.

Le bénéficiaire de l'astreinte a toujours été la partie requérante.

L'astreinte a jusqu'à présent été prononcée simultanément à la décision judiciaire qu'elle renforce; elle fait partie intégrante de celle-ci⁹³. Par conséquent, contrairement à ce que proposait l'AP-CPC, la compétence n'appartient pas exclusivement au juge de l'exécution⁹⁴.

cbb. Le montant fixé par le juge lors du prononcé

Jusqu'à présent, l'astreinte s'exprime en une somme d'argent par unité temporelle (jour, semaine,...).

Le montant de l'astreinte, lors de son prononcé, n'a jamais excédé le montant requis par la partie demanderesse⁹⁵. Compte tenu que le montant final de l'astreinte⁹⁶ dépend de celui du préjudice futur et ne peut l'excéder, le montant fixé lors de son prononcé ne peut être définitif qu'à condition que le préjudice futur puisse être déterminé. Le montant de l'astreinte demeure donc provisoire, jusqu'à ce que le montant du préjudice soit déterminé dans une décision judiciaire entrée en force⁹⁷.

cc. Le début et la fin des effets

L'astreinte sanctionne le refus de se conformer à une décision du juge. Nul n'est donc tenu de s'y conformer tant que la décision assortie ne déploie pas ses effets. Ainsi, l'astreinte ne peut déployer ses effets au plus tôt qu'à la date où la décision qu'elle renforce déploie les siens. Quant à son terme, l'astreinte ne peut être due que jusqu'à l'instant où son destinataire s'est conformé «définitivement» à la décision judiciaire assortie ou lorsqu'il devient impossible de s'y conformer.

91 ACJ 4/1998 du 8 janvier 1998, consid. 3 *in fine*.

92 SJ 1983, p. 598; SJ 1982, p. 439; ATF 1969 II 461; SJ 1945, p. 337; SJ 1940, p. 7.

93 SJ 1968, p. 168; SJ 1940, p. 7; ATF 1917 II 661 = SJ 1918, p. 134.

94 Art. 332 al. 1 lit. c AP-CPC.

95 Le Tribunal de première instance a fixé le montant de l'astreinte au montant requis par la partie demanderesse (CHF 5.– par jour; voir SJ 1940, p. 7). Dans un autre cas, il a arrêté, lors du prononcé, un montant correspondant à la moitié de celui requis la partie demanderesse (CHF 25.– par jour au lieu de CHF 50.–; voir SJ 1967, p. 196 et p. 198).

96 C'est-à-dire suite à sa liquidation.

97 Tant que la décision qui fixe le montant du préjudice n'a pas acquis force de chose jugée, ce montant peut toujours être revu.

cd. La liquidation de l'astreinte

cda. La requête et l'autorité compétente

La liquidation de l'astreinte doit être requise par la partie qui en bénéficie. Il appartient à celle-ci de prouver non seulement que l'astreinte est due mais également l'existence des faits pertinents pour en déterminer le montant⁹⁸.

La liquidation de l'astreinte consistant en la traduction de sa menace en une créance pécuniaire, elle ne peut être réalisée par le juge de l'exécution. En l'absence de dispositions légales expresses, celui-ci ne peut en effet qu'ordonner l'exécution d'une obligation et non constater l'existence d'une créance. Par conséquent, le bénéficiaire de l'astreinte doit intenter une nouvelle action devant l'instance compétente en raison du lieu et du montant de la créance⁹⁹.

En raison des limites imposées par le droit actuel, la liquidation de l'astreinte ne peut être requise que si le préjudice effectivement subi par son bénéficiaire est définitivement déterminé. En l'absence de régime légal exprès en la matière, l'allocation d'une créance provisoire ne devrait pas être possible¹⁰⁰. Le préjudice doit donc être déterminé dans une décision ayant acquis la force de chose jugée¹⁰¹.

cdb. Le montant de la créance

Le montant de la créance résultant de l'astreinte correspond au montant de l'astreinte multiplié par le laps de temps pour lequel elle est due. Cependant, en raison des limites imposées par le droit en vigueur, il ne peut dépasser celui du préjudice. Lorsque le montant de la créance est inférieur à celui du préjudice effectivement subi, le bénéficiaire de l'astreinte peut agir en responsabilité contre le destinataire de l'astreinte pour la différence¹⁰².

La créance découlant de la liquidation de l'astreinte étant pécuniaire, son exécution est soumise à la LP. Elle produit en outre des intérêts¹⁰³.

d. *La comparaison entre astreinte et amende d'ordre*

Ces deux mesures sont des mesures d'exécution indirecte¹⁰⁴. Elles frappent leur destinataire, lorsque celui-ci viole une obligation à sa charge, et leur montant peut croître dans le temps.

98 Art. 8 CC. Voir également ATF 1917 II 664=SJ 1918, p. 137.

99 Action en constatation de droit.

100 En effet, une telle liquidation correspondrait au prononcé d'une mesure d'exécution anticipée provisoire ayant pour objet des prestations d'argent. Or, ces mesures ne peuvent être ordonnées que dans certains cas bien précis (voir FABIENNE HOHL, Procédure civile, tome II, Berne 2002, p. 239, N 2838 ss).

101 A ce sujet, voir ci-dessous A.IV.4.a.

102 SJ 1945, p. 348.

103 Art. 97 et 104 CO.

104 C'est-à-dire des mesures d'incitation à l'exécution volontaire.

Pour le reste, ces deux mesures diffèrent notamment car:

- le montant de l’astreinte revient au bénéficiaire de cette mesure, alors que le montant de l’amende d’ordre ne profite qu’à l’Etat¹⁰⁵;
- l’astreinte est d’origine française, alors que l’amende d’ordre est d’origine germanique¹⁰⁶;
- l’astreinte est une sanction de nature civile, alors que l’amende d’ordre, selon sa conception actuelle, est une sanction pénale;
- l’astreinte est une avance en compensation pour la violation d’une décision du juge, alors que l’amende d’ordre est une sanction pour violation d’une disposition légale ou d’un ordre d’une autorité étatique, à laquelle peut s’ajouter une compensation en faveur du lésé; et
- l’astreinte ne fait pas l’objet d’un régime légal mais est de source prétoirienne, alors que l’amende d’ordre dans sa conception actuelle doit, en raison de sa nature pénale, reposer sur une base légale.

2. *La révision de la procédure civile suisse*

a. *L’Avant-projet*

L’astreinte était fondée sur une base légale¹⁰⁷. Sa source n’aurait donc plus été *praetor legem*. En disposant de son propre régime, l’astreinte aurait obtenu une pleine autonomie.

L’AP-CPC prévoyait que tout tribunal d’exécution pouvait recourir à l’astreinte¹⁰⁸. Il disposait que le montant de l’astreinte devait être approprié et qu’elle était versée en faveur de son bénéficiaire¹⁰⁹. Aucun montant journalier maximum, ni régime de détermination de ce montant n’était prévu¹¹⁰. En ce qui concerne la détermination du montant, le Rapport explicatif de l’AP-CPC¹¹¹ spécifiait qu’elle devait s’exécuter conformément au principe de proportionnalité et en tenant compte de l’éventuel dommage¹¹². Cela signifiait-il que l’astreinte proposée par l’AP-CPC correspondait à une avance sur dommages-intérêts¹¹³ et non une peine privée? Le Rapport de l’AP-CPC déclarait explicitement

105 Pour une distinction similaire, voir ALEXANDER BRUNS, Zwangsgeld zugunsten des Gläubigers – ein europäisches Zukunftsmodell?, ZJP 2005, p. 3 ss, p. 8 ss.

106 Voir note 9 et le texte y relatif.

107 Art. 332 al. 1 lit. c 1 AP-CPC.

108 Art. 332 al. 1 lit. c AP-CPC.

109 Et non en faveur de l’Etat, comme cela est le cas de l’amende d’ordre (voir ci-dessus A.II.1).

110 Ce qui lui valut certaines critiques, voir *Classement des réponses à la procédure de consultation: Avant-projet relatif à une loi fédérale sur la procédure civile suisse*, http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/staat_buerger/gesetzgebung/zivilprozess.Par.0004.File.tmp/veber.pdf (ci-après: Classement de consultation), p. 774 s.

111 http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/staat_buerger/gesetzgebung/zivilprozess.Par.0007.File.tmp/vn-ber-f.pdf; ci-après: Rapport de l’AP-CPC.

112 Rapport de l’AP-CPC, p. 156.

113 Concept actuel du droit genevois.

que «ces mesures sont inspirées de l'astreinte du droit français»¹¹⁴. Cette déclaration englobait tant l'amende d'ordre que l'astreinte¹¹⁵. L'astreinte et l'amende d'ordre devaient donc avoir une finalité identique. L'amende d'ordre ayant un caractère comminatoire et aucunement indemnitaire, l'astreinte devait se voir attribuer le même caractère. Sa finalité n'était donc pas compensatoire, mais contraignante¹¹⁶. Par conséquent, seul le concept de l'astreinte en tant que peine privée respectait une mise en œuvre effective de l'art. 332 AP-CPC. Le Rapport de l'AP-CPC faisait donc référence au droit français actuel.

En l'absence de base légale, l'astreinte en tant que peine privée ne pouvait être admise en droit suisse. L'introduction d'un régime légal de l'astreinte aurait permis au droit suisse d'offrir une mesure équivalente au concept actuel du droit français. Ce n'est qu'à cette seule fin qu'aurait dû servir l'art. 332 al. 1 lit. c AP-CPC; il aurait été en effet regrettable que cette disposition ne serve qu'à consacrer une mesure que le droit prétorien permettait déjà de fonder et, de surcroît, d'utilité discutable.

b. Le Projet: L'exclusion de l'astreinte

ba. Les raisons

baa. Une mesure inconnue du droit suisse?

Selon le Conseil fédéral, l'astreinte est inconnue en Suisse¹¹⁷, ce qui est surprenant. En effet, les cantons alémaniques recourent depuis un certain nombre d'années à une mesure similaire et le Canton de Genève autorise ses juges à en prononcer.

Ce n'est pas la mesure mais plutôt son régime qui, en raison de sa source prétorienne est, non pas inconnu, mais difficilement déterminable. Le P-CPC aurait pu y remédier en disposant un régime clair en la matière.

bab. Un système de détermination du montant complexe?

Le Conseil fédéral n'a pas retenu l'astreinte en raison de l'absence d'un montant maximum et d'une méthode claire de détermination de son montant¹¹⁸. Le régime prévu par l'AP-CPC était clairement lacunaire. Cependant, un régime légal en la matière n'est pas impossible à établir. En outre, les principes de proportionnalité et d'interdiction de l'arbitraire sont autant de garde-fous qui auraient permis, dans une certaine mesure, d'éviter le prononcé d'un montant excessif.

114 Rapport de l'AP-CPC, p. 155.

115 Par conséquent, sa déclaration n'était pas des plus correctes, l'amende d'ordre étant d'origine germanique (voir ci-dessus A.I.).

116 L'astreinte ne devait donc pas être considérée comme une forme de dommages-intérêts, notamment une avance sur dommages-intérêts, mais comme une peine privée.

117 FF 2006 6992.

118 Ibidem.

L'ordre juridique suisse devrait s'inspirer du concept et régime français actuels. La détermination du montant ne devrait pas prendre en considération un éventuel dommage futur¹¹⁹, mais viser à assurer le respect de la décision assortie. Des critères tels la fortune, l'entêtement, etc. du destinataire de l'astreinte, critères étrangers au régime général de la responsabilité, sont plus adaptés¹²⁰. Le montant de l'astreinte ne devrait cependant pas apparaître comme une sanction si excessive qu'elle relèguerait l'objet de la décision qu'elle renforce au second plan. L'astreinte doit demeurer une mesure accessoire.

bac. Un risque de détérioration rapide de la situation financière de son destinataire?

Selon le Message, l'astreinte en raison de sa grande efficacité¹²¹ risque de conduire à une détérioration rapide de la situation financière de son destinataire et peut, par conséquent, porter indirectement atteinte à la situation financière des créanciers de celui-ci¹²². D'un autre point de vue, on peut souligner que l'ordre renforcé par l'astreinte peut être d'une importance telle pour son bénéficiaire que son non-respect risque de conduire à une détérioration rapide de sa situation financière et peut, par conséquent, porter indirectement atteinte à la situation financière de ses créanciers.

Selon la solution retenue par le Conseil fédéral, le risque lié au non-respect de la décision du juge doit être supporté par le bénéficiaire de la décision. Le sentiment d'équité et de justice devrait conduire à ce que ce risque soit supporté par la personne qui en est la principale cause, soit le destinataire de la décision. Dans une certaine mesure, l'astreinte permet de procéder à un tel transfert du risque.

bad. Une mesure controversée dans les autres Etats?

Selon le Message, l'astreinte est une mesure controversée dans les Etats européens¹²³. Cet avis est surprenant, car la France règle l'astreinte de manière expresse dans sa loi. Les Etats du Benelux ont conclu une convention relative à l'astreinte et l'ont transposée¹²⁴. Quant à la Grèce et au Portugal, ils régissent cette mesure dans leur loi¹²⁵. En outre, l'Union européenne traite de l'astreinte

119 Contrairement à ce que proposait le Rapport de l'AP-CPC, p. 156.

120 RAYNAUD (note 38), p. 253 s., § 10.

121 Le Conseil fédéral reconnaît donc que l'astreinte est une mesure efficace! Du même avis, voir notamment BRUNS (note 105), p. 12 s., ainsi que l'opinion de l'Ordre des avocats fribourgeois, de Roche et de l'Université de Lausanne (voir Classement de consultation, p. 774 s.). Au sujet de l'expérience belge, voir JACQUES VAN COMPERNOLLE, *L'astreinte*, Bruxelles 2007, p. 34 ss.

122 FF 2006 6992.

123 Ibidem.

124 *Convention Benelux portant loi uniforme relative à l'astreinte*.

125 Grèce: art. 946 du *Code de procédure civile*; Portugal: art. 829-A du *Code civil*.

dans un projet de code de procédure civile¹²⁶. Cette mesure est également traitée dans des conventions internationales, notamment dans la *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*¹²⁷ et elle est mentionnée dans les *Joint ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure*¹²⁸ qui ont notamment pour but de rapprocher les législations de droit civil et de *Common law*.

bb. Les conséquences

La liste des mesures prévue à l'art. 341 al. 1 P-CPC n'est pas exhaustive¹²⁹. Cela signifie-t-il que les parties puissent requérir du juge qu'il prononce une astreinte? En raison des déclarations du Message relatives à l'exclusion de l'astreinte, il convient de conclure à une volonté de renoncer à cette mesure. Son absence ne doit dès lors pas être considérée comme une lacune mais plutôt comme un silence qualifié de la loi. Par conséquent, dans l'hypothèse d'une entrée en vigueur du P-CPC en l'état, aucun juge suisse, en particulier le juge genevois, ne sera habilité à ordonner une astreinte.

C. De lege ferenda

I. L'intégration de l'astreinte est-elle justifiée?

Tout Etat de droit devrait avant tout veiller à garantir le respect du droit. Favoriser ou axer sa politique principalement sur la réparation revient à cautionner la violation du droit, à la considérer comme naturelle, alors qu'elle ne devrait être que l'exception. En outre, pour les parties, la bonne exécution des obligations de leurs partenaires prime la réparation de la violation de ces obligations¹³⁰. Il semble donc impératif que tout Etat de droit offre à ses administrés des mesures préventives efficaces¹³¹.

Si le P-CPC devait entrer en vigueur en l'état, les seules mesures préventives dont bénéficieraient les parties sont: l'amende d'ordre¹³² et la menace pour in-

126 Art. 13 du projet de code de procédure civile de la Commission «Storme». Le Président de cette commission considère que l'astreinte permet d'assurer une mise en œuvre plus efficace des décisions judiciaires (MARCEL STORME, General introductory report, in: Marcel Storme (éd.), *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne – Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Bibliotheek van Gerechtelijk Recht 19, Dordrecht 1994, p. 37 ss, p. 6). Voir également BRUNS (note 105), p. 9 ss et p. 17 ss.

127 RS 0.275.11.

128 Voir les documents 1–13 de l'étude LXXVI du groupe de travail conjoint ALI/UNIDROIT relative aux principes et aux règles de procédure civile transnationale, <http://www.unidroit.org/english/publications/proceedings/main.htm>.

129 FF 2006 6992.

130 Voir note 78 et le texte y relatif.

131 Ce qui pourrait l'être grâce à l'intégration de l'astreinte. Voir également BELLET (note 78), p. 615 et p. 620, et la note 121.

132 Art. 341 al. 1 lit. b P-CPC.

soumission à une décision de l'autorité¹³³. Ces mesures sont insuffisantes. Elles sont inadaptées en cas de litiges de droit civil¹³⁴, car elles impliquent notamment pour une même cause l'application de domaines du droit différents, qui ne visent pas les mêmes buts ni la protection des mêmes intérêts.

Dans l'hypothèse où l'amende d'ordre serait de nature pénale, ces deux mesures ne pourraient exercer qu'une faible contrainte en raison du plafonnement de leur montant maximum, fixé à CHF 10 000.–¹³⁵. En ce qui concerne en particulier l'art. 292 CP, il semblerait qu'il ne puisse avoir pour destinataire que des personnes physiques¹³⁶.

Dans l'hypothèse où l'amende d'ordre serait de nature administrative¹³⁷, seul son montant quotidien demeurerait plafonné¹³⁸. Cependant, ce montant, qui est de CHF 1 000.– par jour¹³⁹, est dérisoire lorsque le destinataire de la mesure jouit d'une surface financière des plus confortables¹⁴⁰. Cette somme ne peut dès lors permettre d'assurer une véritable contrainte en toute circonstance.

Le seul fait que le montant de l'amende d'ordre et celui de la sanction pour insoumission à une décision de l'autorité soient plafonnés justifie l'intégration de l'astreinte dans le P-CPC. En l'état, les mesures préventives semblent insuffisantes pour assurer le respect du droit.

En outre, l'astreinte ressortissant au droit privé, elle est régie selon les mêmes principes que la procédure et le droit matériel faisant l'objet de la décision judiciaire qu'elle renforce. Le recours à l'astreinte permettrait ainsi l'application d'un seul domaine du droit, le droit privé, lors d'un même litige¹⁴¹.

133 Art. 292 CP.

134 Comme le souligne la doctrine, il est plus adéquat d'employer des mesures de droit civil, et non des mesures en particulier de droit pénal, en cas de litiges civils (voir TERCIER [note 9], p. 78).

135 Art. 106 al. 1 CP. L'astreinte devrait être considérée comme une contravention, celle-ci ayant un but similaire à l'art. 292 CP.

136 ATF 1970 II 262; ATF 1952 IV 239; cependant, voir CHRISTOF RIEDO, *ad* Art. 292 StGB, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (éd.), *Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II*, Art. 111–401 StGB, Bâle/Genève/Munich 2003, p. 1840, N 45. Par conséquent, lorsque l'entité qu'il s'agit de contraindre est une personne morale, le seul moyen est d'astreindre les personnes physiques organes de cette entité. La taille et/ou l'activité de ces entités peuvent requérir une organisation complexe (délégation et répartition des compétences et de la responsabilité, etc.). Un organe, personne physique, destinataire de la menace prévue à l'art. 292 CP pourrait dès lors facilement se réfugier derrière une telle organisation pour se disculper. Il semble ainsi essentiel que la sanction puisse viser l'entité et non un de ses rouages. Cela permettrait par ailleurs de fixer le montant de la sanction en tenant compte de la situation de l'entité (qui a souvent une meilleure situation patrimoniale). Un montant plus élevé serait davantage dissuasif.

137 A ce sujet, voir note 30 et le texte y relatif.

138 L'art. 106 al. 1 CP serait inapplicable.

139 Art. 341 al. 1 lit. b P-CPC.

140 Par ailleurs, de telles personnes jouissent en général déjà de fait d'une position confortable vis-à-vis de leurs partenaires (notamment lors de négociations, de longues procédures judiciaires ou arbitrales, etc.).

141 Ce qui n'est pas le cas, lors de recours à l'amende d'ordre et à l'art. 292 CP, ceux-ci requérant l'application du droit pénal. La cause est alors régie par des principes de droit privé et de droit pénal.

L'astreinte: une mesure injustement boudée par le Projet de Code de procédure civile?

L'astreinte ne devrait pas être une source de crainte; l'expérience belge nous le démontre¹⁴². Le défaut de familiarité avec l'astreinte requiert cependant que son régime juridique soit clairement déterminé.

II. Faut-il intégrer l'astreinte définitive?

Lors du prononcé de l'astreinte, on ne peut que préjuger du comportement et de la situation futurs de son destinataire. L'astreinte devant non seulement satisfaire aux critères d'efficacité mais également de proportionnalité, le juge doit donc pouvoir la modifier après son prononcé. Lors de son prononcé, l'astreinte doit ainsi être provisoire.

L'astreinte provisoire suffit-elle? Nous sommes d'avis que l'efficacité accrue de l'astreinte définitive justifie son intégration¹⁴³. L'impossibilité de revoir les modalités de calcul de l'astreinte définitive risque cependant d'inciter le juge à exagérer son montant¹⁴⁴. Pour y remédier, la loi française dispose que l'astreinte définitive court uniquement pour une certaine période¹⁴⁵. Son bénéficiaire peut cependant requérir du juge qu'il la reconduise¹⁴⁶.

Il convient de souligner que le recours à l'astreinte définitive n'est pas impé- ratif. Cependant, son intégration permettrait d'accroître l'éventail de mesures à la disposition des juges et des parties.

III. Quelle nature et quel but?

Pour justifier son intégration dans l'ordre juridique suisse, l'astreinte doit consister en une (véritable) mesure de contrainte qui vise à forcer son destina- taire, sous la menace d'une sanction pécuniaire, à respecter une décision judi- ciaire¹⁴⁷. Son régime doit dès lors lui conférer les moyens nécessaires pour pou- voir inciter la plus bornée des parties. L'astreinte doit permettre d'assurer le

142 Jusqu'en 1982, année de consécration de l'astreinte dans la loi belge, cette mesure était prohi- bée. Actuellement, les auteurs belges sont élogieux à son égard. L'astreinte s'est harmonieuse- ment intégrée à l'ordre juridique belge et a démontré être non seulement utile mais essentielle (voir notamment VAN COMPENOLLE [note 121], p. 34 ss).

143 En effet, contrairement à l'astreinte provisoire, les modalités de calcul de l'astreinte définitive lient le juge. Par conséquent, son destinataire saura selon quelles modalités le montant de l'as- treinte sera déterminé, sans pouvoir espérer aucune modération (voir PERROT/THÉRY [note 1], p. 101, § 90). La pression exercée sur lui est alors des plus effectives. Au sujet des avantages et désavantages de l'astreinte définitive, voir notamment RAYNAUD (note 38), p. 262, § 24.

144 A ce sujet, voir l'expérience française (PERROT/THÉRY [note 1], p. 90 s., § 80 et p. 91 s., § 82).

145 Art. 34 al. 3 de la Loi n° 91–650.

146 Voir FOSSIER (note 1), p. 338, § 412.47.

147 L'introduction d'une base légale relative à l'astreinte ne devrait pas consacrer une mesure (in- efficace) que les juges sont déjà habilités à fonder *praetor legem*, mais devrait fonder une me- sure d'incitation efficace (peine privée).

respect du droit sans qu'il y ait lieu de recourir à des mesures d'exécution directes¹⁴⁸.

1. *Les différents aspects de l'astreinte*

a. *Une mesure d'incitation à l'exécution volontaire*

En tant que mesure d'incitation, l'astreinte est une mesure préventive. Son incitation à l'exécution volontaire la qualifie de mesure d'exécution indirecte. Elle ne peut en aucun cas se substituer à son destinataire. La collaboration de celui-ci demeure nécessaire¹⁴⁹. L'astreinte ne requiert donc pas la puissance publique¹⁵⁰. Ceci a conduit certains auteurs à considérer que l'astreinte n'est pas une voie d'exécution forcée mais une mesure (de contrainte) à des fins d'exécution¹⁵¹.

b. *Une sanction pécuniaire de nature privée*

L'astreinte est une punition, une sanction pécuniaire¹⁵². Son montant peut être invariable ou croître jusqu'à ce que son destinataire se soit définitivement conformé à la décision assortie.

L'efficacité de l'astreinte est renforcée si son montant croît. En effet, dans ce cas, aucune fortune ne peut supporter la pression croissante et continue de l'astreinte¹⁵³.

En cas de montant invariable, le montant final de l'astreinte correspond à celui arrêté par le juge¹⁵⁴. En revanche, si son montant croît, le montant final correspond généralement à la multiplication de l'unité temporelle par l'unité pécuniaire. Parfois, le montant de l'astreinte est déterminé selon le nombre d'infractions violant la décision assortie¹⁵⁵. Dans ce cas, on multiplie le nombre d'infractions commises par l'unité pécuniaire, qui correspond ici au montant al-

148 LÉVY (note 1), p. 21.

149 L'astreinte ne permet pas d'exécuter directement la décision qu'elle renforce. Voir LÉVY (note 1), p. 27; VINCENT/PRÉVAULT (note 1), p. 28.

150 L'astreinte ne ressortit pas à l'*imperium merum* mais à l'*imperium mixtum*. Au sujet de ces notions, notamment de leur distinction avec la *jurisdictio*, voir CHARLES JARROSSON, *Réflexions sur l'imperium*, in: *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris 1991, p. 245 ss, p. 245 ss; JUAN CARLOS LANDROVE/JAMES JOHN GREUTER, *The Civil Astreinte as an Incentive Measure in Litigation and International Arbitration Practice in Switzerland: Is There a Need for Incorporation?*, in: Christine Chappuis/Bénédict Foëx/Thomas Kadner (éd.), *L'harmonisation internationale du droit*, Zurich 2007, p. 523 ss, p. 537 ss.

151 MATTHIEU DE BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, 2^e éd., Paris 1990, p. 257 s.; VINCENT/PRÉVAULT (note 1), p. 25; YENISEY (note 35), p. 374.

152 DE BOISSÉSON (note 151), p. 258.

153 YENISEY (note 35), p. 378; WILFRID JEANDIDIER, *L'exécution forcée des obligations de faire*, in: RTDciv. 1976, p. 700 ss, § 26.

154 Si l'astreinte est définitive, ce montant correspond à celui prononcé par le juge qui a ordonné l'astreinte. En cas d'astreinte provisoire, le juge de la liquidation peut revoir ce montant.

155 Voir PERROT/THÉRY (note 1), p. 86, § 78.

loué par infraction commise¹⁵⁶. L'unité pécuniaire devrait pouvoir être progressive¹⁵⁷, ce qui permettrait d'exercer une pression davantage contraignante.

En tant que peine pécuniaire de nature privée¹⁵⁸, l'astreinte est versée en faveur de son bénéficiaire; elle se distingue ainsi des amendes étatiques (notamment de l'amende d'ordre)¹⁵⁹. Le fait de payer la partie «adverse» permet d'exercer une pression supplémentaire de dimension strictement psychologique sur le destinataire de l'astreinte.

c. Une mesure comminatoire et potentielle

L'astreinte est une menace; d'où sa nature comminatoire¹⁶⁰. En tant que telle, elle ne se concrétise effectivement que si la décision qu'elle renforce n'est pas respectée. En revanche, dans l'hypothèse où son destinataire s'y conforme régulièrement, alors celui-ci ne peut pas être sanctionné¹⁶¹. L'astreinte est en quelque sorte une sanction soumise à une condition suspensive; en résulte sa nature potentielle.

Le caractère comminatoire de l'astreinte permet de la distinguer des intérêts moratoires. En effet, le but de ces intérêts est d'éviter l'enrichissement illégitime¹⁶².

d. Une mesure accessoire

L'astreinte est l'accessoire de la décision du juge qu'elle assortit¹⁶³. En tant que telle, elle ne peut prétendre à une existence autonome.

Comme tout accessoire, le sort de l'astreinte suit celui de la décision qu'elle assortit. Dans l'hypothèse où celle-ci est invalidée, il en ira de même de l'astreinte¹⁶⁴.

Le caractère accessoire de l'astreinte implique que son montant ne devrait pas être élevé au point que son importance relèguerait l'objet de la décision qu'elle assortit au second plan.

156 Voir notamment VAN COMPERNOLLE (note 121), p. 57 s.

157 RAYNAUD (note 38), p. 254, § 10.

158 PERROT/THÉRY (note 1), p. 77, § 71; SÉBASTIEN BESSON, *Arbitrage international et mesures provisoires*, Zurich 1998, p. 317; BRUNS (note 105), p. 12.

159 KONRAD ZWEIGERT/HEIN KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, 3^e éd., Oxford 1998, p. 477.

160 Voir notamment VAN COMPERNOLLE (note 121), p. 36 s.

161 DE BOISSÉSON (note 151), p. 258.

162 PIERRE TERCIER, *Le droit des obligations*, 3^e éd., Genève/Bâle/Zurich, 2004, p. 201, N 1011 et p. 234, N 1183.

163 Voir notamment VAN COMPERNOLLE (note 121), p. 37.

164 Voir FOSSIER (note 1), p. 320, § 411.12.

e. Une mesure non compensatoire

L'astreinte a pour but d'exercer une pression sur son destinataire et non d'indemniser son bénéficiaire¹⁶⁵. Matériellement, elle ne doit pas être assimilée à une forme à des dommages-intérêts¹⁶⁶.

L'astreinte doit également être distinguée de la clause pénale¹⁶⁷, qui correspond à une peine prévue contractuellement¹⁶⁸. Bien que les deux mesures soient des peines de nature privée, la clause pénale est stipulée. En revanche, l'astreinte est prononcée par le juge. Même en l'absence d'accord de toutes les parties, l'astreinte peut être prononcée. Une astreinte peut donc devoir être payée concurremment à une clause pénale¹⁶⁹.

En somme, la liquidation de l'astreinte doit être réalisée indépendamment de la responsabilité de son destinataire¹⁷⁰.

IV. Proposition de régime

A la différence de l'AP-CPC, nous proposons d'offrir à l'astreinte un régime propre. Il conviendrait d'intégrer un nouveau chapitre 1 au titre 10 du P-CPC et de modifier l'art. 341 P-CPC¹⁷¹.

1. L'objet de l'astreinte

Les jugements ne devraient pas être les seules décisions à pouvoir être assorties d'une astreinte. Il devrait en aller de même de toute décision du juge, notamment des mesures de preuve ainsi que des mesures intérimaires et conservatoires¹⁷². La constatation des faits et leur appréciation sont d'une importance considérable pour assurer un jugement aussi proche que possible de la vérité¹⁷³. Par conséquent, il semble utile de prévoir que toute décision du juge puisse être assortie d'une astreinte.

165 ZWEIGERT/KÖTZ (note 159), p. 478.

166 Voir par exemple Principes UNIDROIT 2004, art. 7.2.4, qui dispose notamment «(2) [...] Payment of the penalty to the aggrieved party does not exclude any claim for damages».

167 Art. 160 CO.

168 Voir TERCIER (note 162), p. 246 ss, N 1250 ss.

169 FARID ELBACHA, L'astreinte en droit marocain, thèse de maîtrise, Université de Rabat, 1984, p. 121; VAN COMPERNOLLE (note 121), p. 41.

170 CHRISTIAN WIEGAND, «Brussels» and Arbitration Approximation of Judiciary Law within the EU and the Potential Impact on International Arbitration, *J. of Int'l Arb.* 1995, p. 5 ss, p. 20.

171 Une proposition de dispositions légales figure parmi les annexes à la présente contribution.

172 Voir LÉVY (note 1), p. 21. Certains cantons alémaniques prévoient déjà que des décisions non exécutoires ainsi que les ordonnances de mesures provisionnelles peuvent être assorties d'une amende d'ordre (voir ci-dessus A.II.1.). Voir le droit belge, VAN COMPERNOLLE (note 121), p. 50 ss.

173 L'inférence négative est insatisfaisante pour rendre justice. En effet, le fait inféré peut se révéler n'être que la pointe de l'iceberg.

Les astreintes semblent ne concerner que les obligations de comportement. Cependant, la France permet actuellement d'assortir d'une astreinte des décisions judiciaires dont l'obligation sous-jacente est pécuniaire¹⁷⁴. A notre avis, rien ne justifie que l'on distingue les obligations pécuniaires des obligations de comportement. L'astreinte renforce une décision du juge quel que soit son objet. Cependant, l'art. 333 al. 2 P-CPC rappelle que les décisions portant sur une somme d'argent ou des sûretés à fournir sont exécutées selon les dispositions de la LP¹⁷⁵.

En somme, toutes les décisions du juge, en particulier celles dont le respect est essentiel pour mener à bien la résolution de la cause, devraient pouvoir être assorties d'une astreinte.

2. *Le prononcé de l'astreinte*

Une astreinte devrait être présumée provisoire¹⁷⁶. Elle ne devrait pouvoir devenir définitive entre autres conditions que si le juge la prononce expressément. En outre, en raison de la nature particulière de l'astreinte définitive¹⁷⁷, son prononcé ne devrait être possible qu'à condition que la validité de la décision qu'elle assortit ne puisse plus être contestée, sous réserve de la révision¹⁷⁸. Il n'est donc possible que lorsque la décision assortie a acquis force de chose jugée.

a. *La requête*

Le juge devrait pouvoir prononcer une astreinte provisoire d'office¹⁷⁹. Cela n'empêche cependant pas qu'une astreinte provisoire puisse être requise par une partie.

En ce qui concerne l'astreinte définitive, elle ne devrait pas pouvoir être prononcée d'office, mais devrait être obligatoirement requise par une partie¹⁸⁰. Sa requête devrait pouvoir émaner non seulement de son bénéficiaire, mais égale-

174 Voir FOSSIER (note 1), p. 322, § 411.32; PERROT/THÉRY (note 1), p. 79, § 72.

175 Pour que le prononcé d'une astreinte ne viole pas l'art. 333 al. 2 P-CPC, il est nécessaire que cette disposition fasse référence à l'exécution *stricto sensu*. Elle ne concernerait alors que les mesures d'exécution directe; mesures qui requièrent la puissance publique. Or, l'astreinte est une mesure préventive de contrainte. Elle n'est pas une mesure d'exécution *stricto sensu*, mais une mesure à *des fins* d'exécution. En outre, elle ne requiert pas la puissance publique. Ne traitant pas de mesures de même nature, on pourrait dès lors considérer que l'art. 333 al. 2 P-CPC ainsi que l'art. 97 al. 2 CO n'interdisent pas d'assortir d'une astreinte les décisions portant sur une somme d'argent ou des sûretés à fournir.

176 Art. 34 al. 2 de la Loi n° 91-650.

177 Voir notamment ci-dessus A.II.

178 Au sujet de la révision, voir art. 326 ss P-CPC.

179 Voir également note 184.

180 La compétence d'office du juge devrait uniquement porter sur l'opportunité de renforcer une décision et non pas s'étendre à l'opportunité de transformer une astreinte préexistante en astreinte définitive.

ment de son destinataire, afin de permettre à celui-ci d'éviter de spéculer sur son avenir.

b. La forme de la décision

Au sujet de l'astreinte définitive, sa nature implique que ses modalités de calcul sont fixées de manière irrévocable lors de son prononcé¹⁸¹. En raison des incidences concrètes sur la situation de son destinataire, son prononcé devrait faire l'objet d'une procédure ordinaire donnant lieu à une décision ordinaire, motivée, immédiatement sujette à recours.

Quant à l'astreinte provisoire, son prononcé n'affecte que potentiellement son destinataire. Il peut dès lors s'inscrire dans le cadre d'une procédure sommaire¹⁸² et faire l'objet d'une décision provisoire, non immédiatement sujette à recours.

c. L'autorité compétente

La compétence pour prononcer une astreinte devrait être conférée à tout juge¹⁸³. Plus précisément, elle devrait revenir au juge qui a prononcé la décision à assortir ou, le cas échéant, au dernier juge ayant statué sur la validité de la décision à assortir.

Les juges devraient pouvoir prononcer une astreinte provisoire d'office¹⁸⁴. En effet, tout acte préalable au jugement peut être d'une importance capitale pour rendre justice¹⁸⁵. En outre, le fait que le destinataire de la décision à assortir soit dans un rapport de subordination avec le juge justifie que celui-ci puisse décider de renforcer cette décision indépendamment de la volonté des parties.

d. Le montant et la durée

En cas d'astreinte provisoire, le juge devrait jouir d'un pouvoir discrétionnaire¹⁸⁶. Il ne devrait pas être lié par la requête des parties¹⁸⁷. En effet, compte tenu de sa connaissance de l'ensemble du dossier, il devrait être à même de déterminer le montant le plus adéquat assurant une astreinte efficace et propor-

181 Voir note 143.

182 Art. 244 ss P-CPC.

183 Voir FOSSIER (note 1), p. 325, § 411.71; PERROT/THÉRY (note 1), p. 82 s., § 75.

184 Voir FOSSIER (note 1), p. 327, § 411.81; PERROT/THÉRY (note 1), p. 85, § 77. Il devrait également pouvoir modifier d'office une astreinte provisoire. En ce qui concerne les astreintes définitives, leur prononcé devrait toujours nécessiter une requête des parties (voir ci-dessus A.IV.2.a.).

185 Voir note 173 et le texte y relatif.

186 L'exigence de motivation ne devrait pas être nécessaire. Elle semble en outre incompatible avec la jouissance de ce pouvoir.

187 Voir FOSSIER (note 1), p. 327, § 411.81; PERROT/THÉRY (note 1), p. 85 ss, § 77 s. En raison d'une potentielle contrariété à certains principes du droit suisse (principe de la légalité, *Ne eat judex ultra petium*, etc.), il est impératif qu'un tel pouvoir soit fondé sur une base légale claire et précise.

tionnée. En outre, à ce stade, d'éventuels abus dans l'utilisation de ce pouvoir ne sont pas préjudiciables, car l'astreinte ainsi prononcée n'est que provisoire.

Pour éviter que sa liquidation n'ait un résultat choquant¹⁸⁸, l'astreinte définitive devrait être limitée dans le temps¹⁸⁹. Afin de pouvoir maintenir une pression efficace sur son destinataire, elle devrait pouvoir être reconduite¹⁹⁰. En ce qui concerne la détermination de cette durée ainsi que du montant, le juge, en raison notamment de sa meilleure connaissance du dossier, ne devrait pas être lié par la requête des parties¹⁹¹.

Au sujet des critères d'évaluation, l'astreinte ayant pour but de sanctionner un comportement contraire au droit, son montant devrait être déterminé selon la gravité de la faute¹⁹² commise par le débiteur et les facultés de celui-ci. En outre, en ce qui concerne également la durée de l'astreinte, il convient de tenir compte du risque de dérobaude et des tensions manifestes entre les parties¹⁹³. Quoiqu'il en soit le juge ne devrait en aucun cas tenir compte du préjudice subi par le bénéficiaire de l'astreinte.

Le juge devrait pouvoir profiter des mêmes pouvoirs d'investigations qu'en matière de jour-amende¹⁹⁴ et que ceux prévus à l'art. 341 al. 2 P-CPC¹⁹⁵. Afin de sauvegarder les intérêts légitimes du destinataire de l'astreinte, le juge devrait pouvoir éviter de divulguer les informations qui relèvent du secret. Pour l'aider dans sa tâche, le juge suisse devrait s'inspirer de la jurisprudence et de la doctrine en droit comparé.

e. Le bénéficiaire et le destinataire

Toute personne juridique devrait pouvoir être bénéficiaire de l'astreinte. Bien que ce soit la violation d'une décision du juge qui est sanctionnée¹⁹⁶, il est préférable que le bénéficiaire soit la partie «adverse»¹⁹⁷.

188 Voir l'expérience française, ci-dessus A.II.

189 Voir FOSSIER (note 1), p. 338, § 412.43.

190 Voir idem, p. 338, § 412.47.

191 La décision ordonnant l'astreinte définitive doit donc être motivée.

192 La faute n'est ici qu'un critère d'évaluation et non une condition *sine qua non*, contrairement au concept actuel de l'amende d'ordre (voir le texte relatif aux notes 19 et 20).

193 Au sujet en particulier l'astreinte définitive, le juge peut se baser sur le comportement qu'a eu le destinataire de la mesure jusqu'au moment du prononcé de l'astreinte définitive. Il peut apprécier non seulement sa bonne foi mais également les difficultés qu'il a rencontrées pour se conformer à la décision. Au sujet des critères d'évaluations, voir idem, p. 327, § 411.82 et § 411.91; PERROT/THÉRY (note 1), p. 103 ss, § 91.

194 L'art. 34 al. 3 CP dispose que «les autorités fédérales, cantonales et communales fournissent au juge les informations dont il a besoin pour fixer le montant du jour-amende».

195 Cet article dispose que «la partie succombante et les tiers sont tenus de fournir tous renseignements utiles et de tolérer les perquisitions nécessaires».

196 Le lésé est donc le juge et, par voie de conséquence, l'Etat (voir FOSSIER [note 1], p. 324, § 411.51; PERROT/THÉRY [note 1], p. 104 s., § 92).

197 Voir ci-dessus A.III.1.b.

Toute personne juridique, agissant en tant que privé, devrait pouvoir être destinataire de l'astreinte¹⁹⁸.

3. *Le début et la fin des effets*

L'astreinte étant un accessoire, ses effets ne peuvent se déployer avant que la décision qu'elle assortit ne produise les siens¹⁹⁹. Le juge pourrait également prévoir un délai avant le début des effets de l'astreinte²⁰⁰.

Ainsi, lorsque l'objet de la décision qui bénéficie de l'astreinte disparaît avant que cette décision ou celle qui prononce l'astreinte ne soit notifiée, l'astreinte disparaît également. Il en va de même lorsque l'astreinte est soumise à un délai et que celui-ci n'est pas encore échu au moment de la «disparition» de la décision assortie.

La fin des effets se produit lorsque la décision assortie de l'astreinte ne peut plus être violée. De manière générale, il existe deux motifs: l'un est volontaire et se produit lorsque le destinataire de l'astreinte s'est définitivement conformé à la décision, l'autre est involontaire et se produit lorsqu'il n'est plus possible de se conformer à la décision assortie. En ce qui concerne l'astreinte définitive, il convient d'ajouter un motif supplémentaire: l'échéance du délai pendant lequel elle court.

Le début et la fin des effets nous permettent de déterminer la période durant laquelle l'astreinte peut être due. Il s'agit de la «période de menace» de l'astreinte²⁰¹. Il convient de distinguer la «période de menace» de la «période de violation». Celle-ci correspond à la période durant laquelle la décision assortie de l'astreinte est violée. Une période de violation résulte de chaque violation de la décision assortie de l'astreinte. Il peut y en avoir plusieurs, alors qu'il n'existe qu'une seule période de menace. Les périodes de violation sont nécessairement comprises dans la période de menace. La période de menace indique le laps de temps durant lequel une peine privée *peut* naître, alors que la période de violation indique le laps de temps pour lequel *naît* une peine privée.

198 Voir FOSSIER (note 1), p. 324, § 411.61. Rien ne justifie qu'une autorité étatique agissant en tant que privé puisse bénéficier d'une immunité. A ce sujet, voir PERROT/THÉRY (note 1), p. 80 s., § 73.

199 Cependant, nul besoin que la décision soit exécutoire (voir ci-dessus A.IV.1.). Voir également art. 1385^{bis} al. 3 du *Code judiciaire belge* du 10 octobre 1967.

200 Voir PERROT/THÉRY (note 1), p. 87, § 79; FOSSIER (note 1), p. 327, § 411.92.

201 Voir les annexes à la fin de la présente contribution.

4. La liquidation de l'astreinte

a. Liquidations partielle et finale

La liquidation permet de déterminer le montant de la créance résultant de l'astreinte due pour un certain laps de temps. Elle ne met pas forcément fin à l'astreinte. En outre, elle n'implique en aucun cas l'exécution de cette créance.

La liquidation devrait pouvoir être exécutée même si l'astreinte continue de courir. Cela permettrait de garantir l'efficacité de l'astreinte²⁰². Dans ce genre de situation, la liquidation de l'astreinte est dite partielle²⁰³. Lorsque l'astreinte a arrêté de courir, car la période de violation concernée ou la période de menace est arrivée à terme, le bénéficiaire peut demander la liquidation finale de l'astreinte²⁰⁴.

La créance résultant de la liquidation de l'astreinte est de nature pécuniaire. Elle est soumise au même régime que toute autre créance pécuniaire. Elle porte notamment intérêt²⁰⁵ et son exécution forcée est soumise à la LP²⁰⁶.

b. Le régime

La liquidation a pour effet d'attribuer à l'astreinte liquidée un caractère définitif²⁰⁷. La liquidation ne devrait alors être possible que si la décision de l'astreinte ne peut plus être revue, sous réserve de la révision²⁰⁸.

ba. La requête

En principe, la liquidation devrait être requise par le bénéficiaire de l'astreinte²⁰⁹. La liquidation ne devrait pas pouvoir être réalisée d'office par le juge.

202 En devenant concrète, cette menace devient plus contraignante (voir PERROT/THÉRY [note 1], p. 94, § 84).

203 Quelle portée a la liquidation partielle d'une astreinte provisoire sur la liquidation subséquente de celle-ci? En somme, la liquidation partielle d'une astreinte provisoire devrait-elle «transformer» matériellement l'astreinte provisoire en astreinte définitive, afin notamment que l'astreinte soit liquidée selon les mêmes modalités pour la période restante de menace? A notre avis, la décision qui liquide partiellement une astreinte provisoire ne devrait pas impliquer une telle «transformation». En effet, il ne faudrait pas, à moins que les parties le requièrent expressément (selon le régime proposé, le juge ne devrait pas pouvoir prononcer d'office une astreinte définitive; voir ci-dessus A.IV.2.a.), que l'astreinte puisse être définitivement fixée pour l'avenir.

204 Voir les annexes à la présente contribution.

205 Art. 104 CO.

206 Art. 97 al. 2 CO.

207 En effet, pour la période considérée, l'astreinte, en particulier provisoire, voit sa menace traduite *définitivement* en une créance pécuniaire.

208 Les conditions de la liquidation définitive sont identiques à celles du prononcé d'astreintes définitives, voir ci-dessus A.IV.2. Nous pouvons en déduire que toute décision qui confère à l'astreinte un caractère définitif, qu'il soit potentiel (prononcé d'une astreinte définitive), partiel (liquidation partielle) ou total (liquidation finale), devrait faire l'objet d'une procédure ordinaire donnant lieu à une décision ordinaire motivée et immédiatement sujette à recours.

209 Voir PERROT/THÉRY (note 1), p. 93, § 84.

Elle devrait également pouvoir être requise par le destinataire de l'astreinte. Celui-ci peut y avoir intérêt afin de sceller son sort.

bb. L'autorité compétente et la forme de la décision

En cas d'astreinte provisoire, la liquidation devrait être exécutée par le juge ayant la meilleure connaissance du dossier, c'est-à-dire en principe par le juge qui a prononcé l'astreinte ou, le cas échéant, le dernier juge ayant statué sur la validité de la décision assortie de l'astreinte²¹⁰.

En ce qui concerne l'astreinte définitive, sa liquidation ne consistant qu'en la multiplication d'éléments fixés selon des modalités préalablement déterminées, elle pourrait être réalisée par n'importe quel juge. Néanmoins, pour que le régime de la liquidation demeure dans la mesure du possible uniforme, il conviendrait de retenir la même solution qu'en ce qui concerne l'astreinte provisoire. Cependant, en cas de recours contre la décision ordonnant une astreinte définitive, la liquidation devrait uniquement revenir au dernier juge ayant statué sur la validité de cette décision.

En raison des incidences concrètes sur la situation du destinataire de l'astreinte, la liquidation devrait être réalisée selon une procédure ordinaire donnant lieu à une décision ordinaire, motivée²¹¹, immédiatement sujette à recours.

bc. Le montant

La détermination du montant demande une attention particulière en cas de liquidation d'une astreinte provisoire. Le juge devrait dès lors bénéficier des mêmes prérogatives et se baser sur les mêmes critères d'évaluation que ceux relatifs au prononcé d'une astreinte définitive²¹². Quant à la liquidation d'une astreinte définitive, celle-ci consistant uniquement en la multiplication d'éléments déterminés selon des modalités invariables, c'est en amont, soit lorsque ces éléments invariables ont été déterminés²¹³, qu'une attention particulière est requise.

Il conviendrait également de prévoir que les périodes durant lesquelles le destinataire est, sans sa faute, empêché de se conformer à la décision judiciaire assortie d'une astreinte ne sont pas prises en compte lors de la liquidation de l'astreinte²¹⁴.

210 Ainsi, en cas de contestation de la décision à assortir, le juge saisi du recours l'emporte sur celui qui a prononcé cette décision (voir également ci-dessus A.IV.2.c.).

211 En cas d'astreinte définitive, la motivation ne devrait être que succincte vu que sa liquidation ne consiste qu'en la multiplication d'éléments préétablis définitivement (voir ci-dessus A.II.). En revanche, en cas d'astreinte provisoire, la motivation devrait clairement indiquer les critères retenus par le juge pour fixer son montant (à ce sujet, voir note 212 et le texte y relatif).

212 Voir ci-dessus A.IV.2.d. Voir également FOSSIER (note 1), p. 334 s., § 412.21 s.

213 Voir ci-dessus A.IV.2.d.

214 Cela devrait être valable pour une astreinte tant provisoire que définitive. Voir idem, p. 335 s., § 412.23; PERROT/THÉRY (note 1), p. 99 ss, § 88. Le législateur pourrait s'inspirer par analogie de l'art. 44 al. 2 CO.

En guise de conclusion

Le droit suisse n'offre actuellement aucune mesure incitative suffisamment efficace pour sauvegarder les intérêts des parties au respect des décisions judiciaires. Les mesures préventives actuelles ne semblent aptes qu'à contraindre le citoyen lambda et, éventuellement, les petites entreprises. Aucune d'entre elles ne permet de faire plier la volonté de grandes sociétés. Afin de garantir que les intérêts et les droits de tout citoyen, quelle que soit sa condition, soient assurés, il semble nécessaire d'introduire l'astreinte dans le futur Code de procédure civile suisse.

L'introduction de l'astreinte dans le futur code se justifie d'autant plus que les raisons invoquées pour l'exclure du P-CPC ne sont pas fondées. Elle permettrait à l'ordre juridique suisse de s'aligner sur celui de pays précurseurs en la matière. En outre, elle pourrait influencer positivement le droit suisse de l'arbitrage²¹⁵. Afin notamment de mettre un terme au doute sur l'étendue des pouvoirs des arbitres, le législateur pourrait expressément prévoir la faculté du tribunal arbitral (sauf convention contraire des parties) de prononcer (d'office) des astreintes²¹⁶.

Notre proposition de régime n'est qu'une possibilité parmi d'autres²¹⁷. Elle peut servir de base à une autre réglementation. Cependant, pour que l'astreinte puisse exercer pleinement son potentiel, il nous semble impératif que, dans tous les cas, son montant ne puisse être plafonné et qu'il soit indépendant des dommages-intérêts.

L'astreinte ne guérira pas tous les maux. Elle permettra cependant de contribuer au respect du droit, là où les mesures actuelles ne font que réparer un préjudice. Il semble nécessaire de s'intéresser davantage aux moyens de prévention que de réparation. En contribuant à éviter la violation du droit, l'astreinte contribue à éviter que certains procès futurs aient lieu, ce qui, au vu de l'engagement actuel des tribunaux, serait bienvenu.

215 En effet, selon le régime proposé, l'astreinte ne requérant pas la puissance publique, les arbitres seraient indiscutablement habilités à prononcer des astreintes, voire même d'office. A ce sujet, voir LANDROVE/GREUTER (note 150), p. 544 s. et leurs références.

216 A ce sujet, une proposition de disposition légale figure parmi les annexes à la présente contribution.

217 Voir ci-dessus A.IV. ainsi que les dispositions légales suggérées en annexe à la présente contribution.

Annexes

Proposition de dispositions légales

Chapitre 1	Astreinte
A. Généralités	<p>Art. 333 L'astreinte est provisoire ou définitive. Elle est présumée provisoire.</p> <p>L'astreinte est indépendante des dommages-intérêts.</p>
B. Prononcé I. Autorité compétente	<p>Art. 334 La compétence pour ordonner une astreinte revient en principe à l'instance qui a prononcé la décision à renforcer.</p> <p>En cas de recours contre la décision à renforcer, la dernière instance ayant statué est compétente pour l'assortir d'une astreinte.</p>
II. Le montant	<p>Art. 335 Le juge détermine librement le montant de l'astreinte. Il n'est pas lié par la requête des parties.</p> <p>Le montant doit garantir une astreinte efficace tout en demeurant proportionné aux circonstances.</p> <p>Le juge tient en particulier compte des facultés du destinataire de l'astreinte ainsi que de son comportement, notamment de sa faute et de son opiniâtreté.</p> <p>Le barème peut être progressif.</p>
III. Régime 1. En général	<p>Art. 336 Les autorités fédérales, cantonales et communales fournissent au juge les informations dont il a besoin pour fixer le montant de l'astreinte.</p> <p>La partie succombante et les tiers sont tenus de fournir tous renseignements utiles et de tolérer les perquisitions nécessaires.</p>
2. En cas d'astreinte provisoire	<p>Art. 337 Le juge compétent peut ordonner d'office une astreinte provisoire.</p> <p>Le juge compétent rend sa décision en procédure sommaire.</p>
3. En cas d'astreinte définitive	<p>Art. 338 Le prononcé d'une astreinte définitive doit être requise par une des parties. Elle ne peut pas être prononcée d'office.</p> <p>L'astreinte définitive ne peut être ordonnée que lorsque la décision qu'elle assortit ne peut plus faire l'objet d'un recours, sous réserve de la révision.</p> <p>L'astreinte définitive ne peut être ordonnée qu'après le prononcé d'une astreinte provisoire et pour une durée que le juge détermine.</p>

	<p>L'astreinte définitive peut, sur requête de la partie bénéficiaire, être reconduite.</p> <p>Le juge compétent rend sa décision en procédure ordinaire</p>
<p>C. Liquidation</p> <p>I. Autorité compétente</p>	<p>Art. 339 La compétence pour liquider une astreinte revient en principe à l'instance qui l'a prononcée.</p> <p>En cas de recours contre la décision assortie de l'astreinte ou contre la décision ordonnant une astreinte définitive, la dernière instance ayant statué est compétente pour liquider l'astreinte.</p>
<p>II. Le montant</p> <p>1. En général</p>	<p>Art. 340 Le juge détermine librement le montant de l'astreinte. Il n'est pas lié par la requête des parties.</p> <p>Le barème peut être progressif.</p> <p>L'astreinte est supprimée en tout ou partie si son destinataire établit que l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'injonction du juge provient, en tout ou partie, d'une cause étrangère indépendante de la volonté du destinataire de l'astreinte.</p>
<p>2. En cas d'astreinte provisoire</p>	<p>Art. 341 L'astreinte provisoire est liquidée compte tenu du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter.</p>
<p>3. En cas d'astreinte définitive</p>	<p>Art. 342 L'astreinte définitive est liquidée compte tenu des modalités fixées lors de son prononcé.</p>
<p>III. Régime</p>	<p>Art. 343 La liquidation d'une astreinte doit être requise par une des parties.</p> <p>Les autorités fédérales, cantonales et communales fournissent au juge les informations dont il a besoin pour fixer le montant de la créance résultant de l'astreinte.</p> <p>La partie succombante et les tiers sont tenus de fournir tous renseignements utiles et de tolérer les perquisitions nécessaires.</p> <p>Le juge compétent rend sa décision en procédure ordinaire.</p>

Il conviendrait également:

- D'ajouter la lettre suivante à l'actuel art. 304 al. 1 P-CPC:
«c. Les décisions de première instance liquidant les astreintes provisoires ainsi que celles ordonnant et liquidant les astreintes définitives.»²¹⁸; et
- D'intégrer un nouvel alinéa premier et d'adapter le titre de l'actuel art. 372 P-CPC:

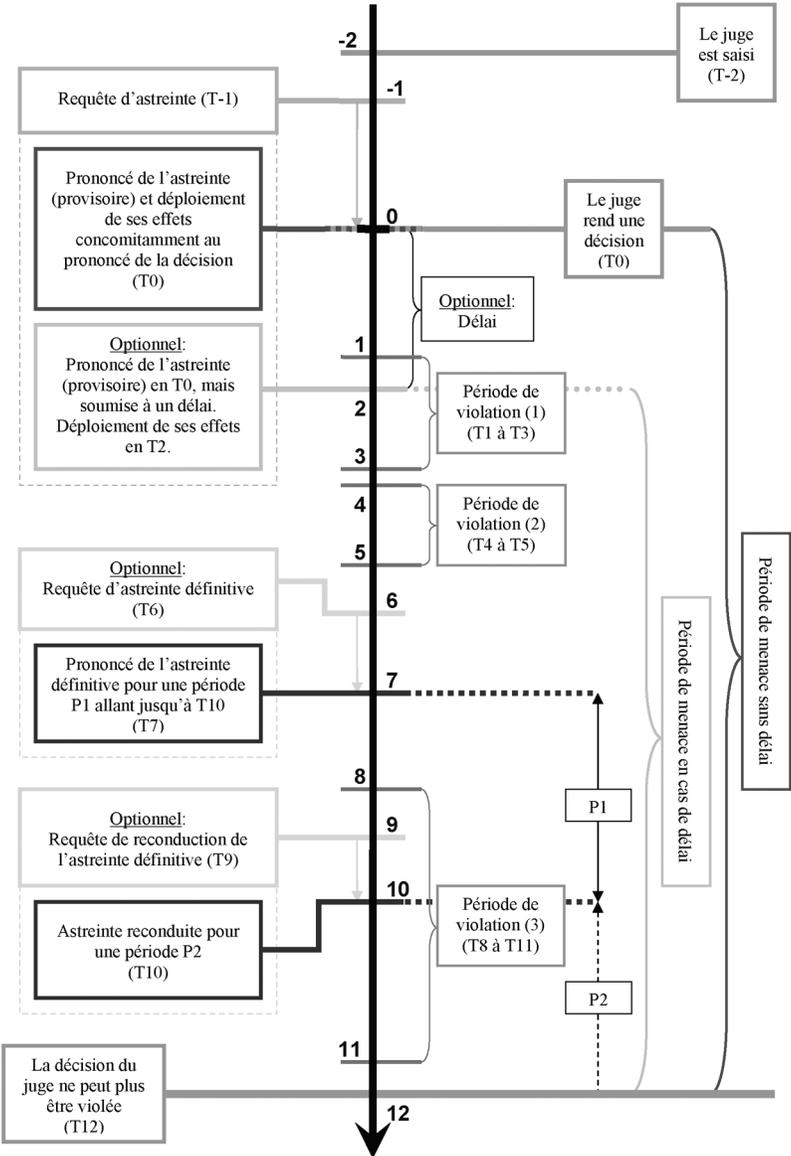
«**Art. 372** Astreintes, mesures provisionnelles, sûretés et dommages intérêts»

«¹ Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie ou d'office, ordonner des astreintes. Le tribunal arbitral doit requérir le concours du tribunal étatique compétent selon l'art. 354, lorsqu'il entend soumettre un tiers à l'astreinte.»²¹⁹

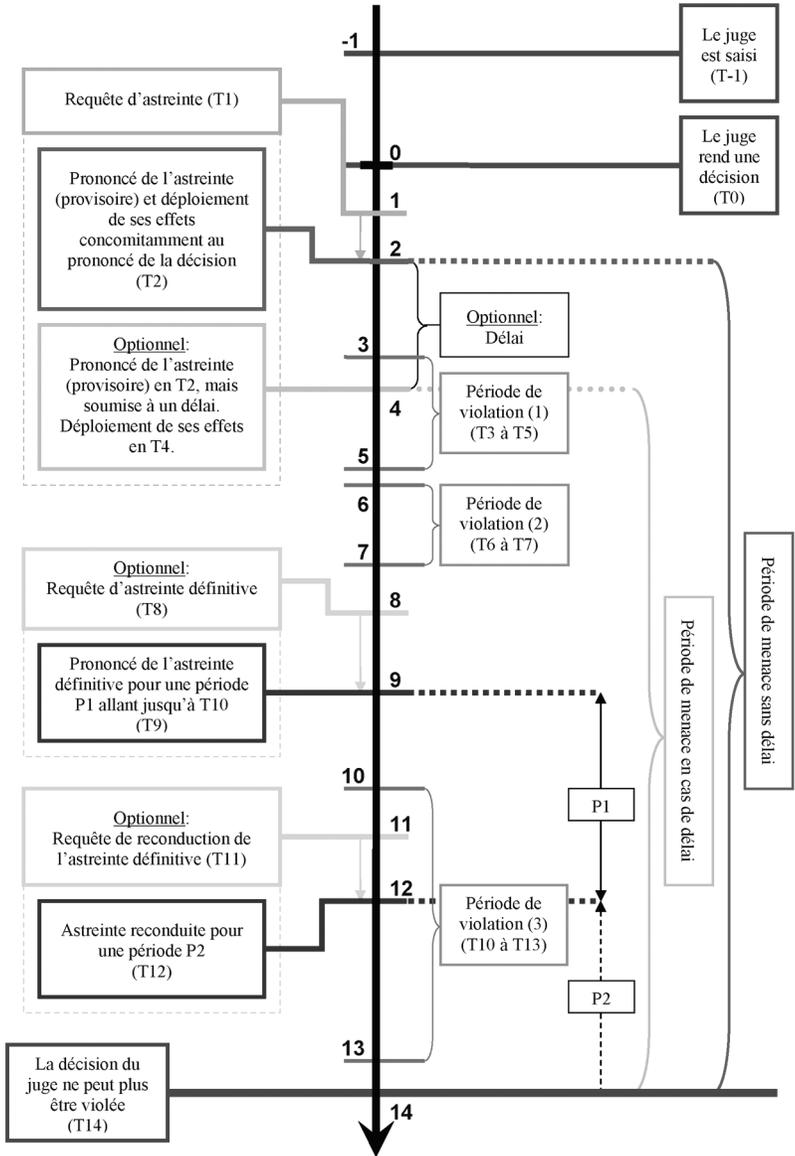
218 Dans les autres situations, c'est-à-dire en cas de décisions ordonnant une astreinte provisoire, seul le recours limité au droit serait ouvert (art. 316 ss P-CPC).

219 La deuxième phrase de notre proposition est nécessaire car le tribunal arbitral ne dispose d'un pouvoir de «contrainte» qu'à l'égard des parties à l'arbitrage. Il ne peut dès lors soumettre un tiers à l'astreinte. Afin d'assurer une étendue des pouvoirs des tribunaux arbitraux similaire à celle des tribunaux étatiques, il convient de remédier à cette carence; en effet, ces deux types de tribunaux ayant une fonction identique, à savoir *dire le droit*, ils doivent dès lors pouvoir jouir, dans la mesure du possible, des mêmes prérogatives. A cette fin, une atteinte minimale à l'autonomie du tribunal arbitral et le respect de l'ordre juridique suisse ne peuvent être conciliés que par une mesure prévoyant que le tribunal arbitral peut saisir (indépendamment de la volonté des parties) le tribunal étatique compétent et requérir de celui-ci le prononcé d'une astreinte à l'égard d'un tiers. En ce qui concerne l'arbitrage international, l'intégration des dispositions proposées (judiciaire et arbitrage interne) devrait suffire pour «rassurer» les tribunaux arbitraux ayant leur siège en Suisse et fonder leur compétence pour ordonner des astreintes, notamment d'office. En vertu de la clause générale d'assistance du juge d'appui (art. 185 LDIP, voire de l'art. 184 LDIP si l'objet de l'appui concerne spécifiquement l'administration des preuves), ils devraient également pouvoir requérir du tribunal étatique compétent la soumission d'un tiers à l'astreinte. En somme, sous réserve de l'intégration des dispositions proposées ou de dispositions similaires dans le futur Code de procédure civile, la LDIP n'aurait pas à être modifiée pour autoriser les tribunaux arbitraux à ordonner des astreintes à l'égard des parties et à requérir la soumission d'un tiers à l'astreinte. En tout état de cause, la consécration de l'astreinte dans le droit suisse de l'arbitrage mérite un examen approfondi dépassant le cadre de cette contribution et sur lequel nous avons eu l'occasion de nous prononcer, voir LANDROVE/GREUTER (note 150), p. 536 ss.

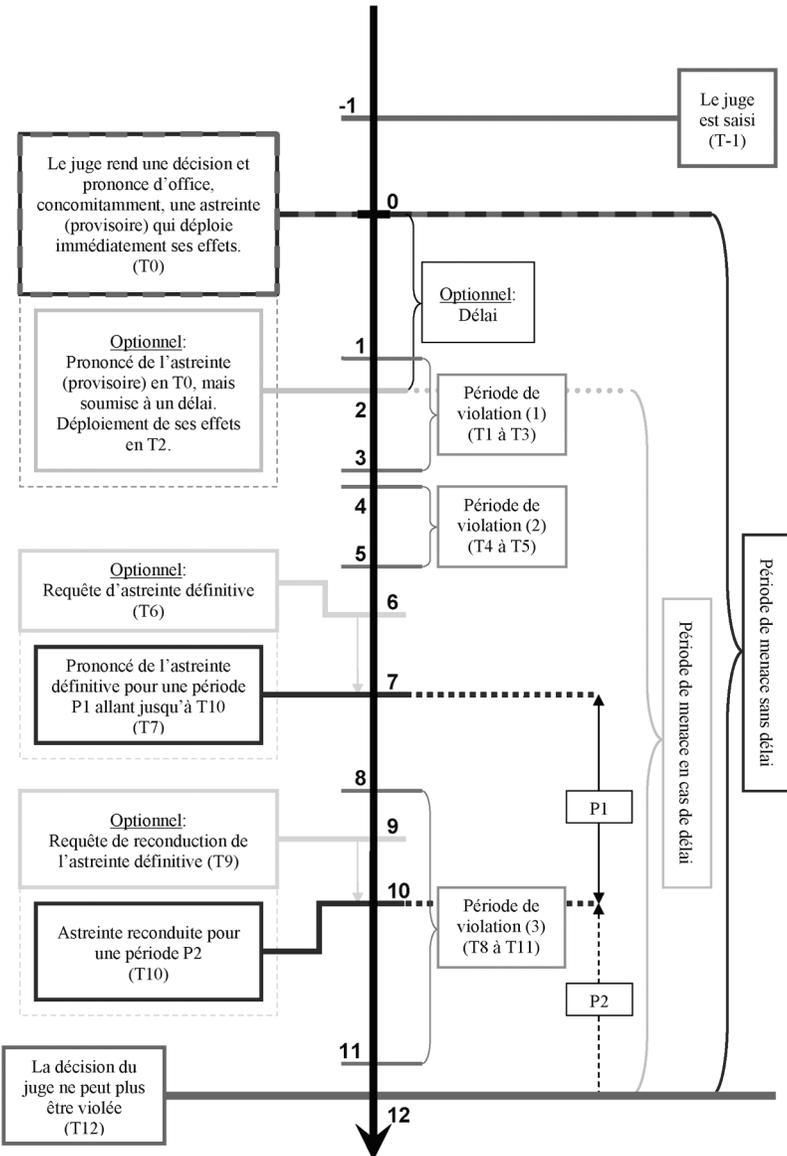
En cas de requête d'astreinte par une partie avant le prononcé de la décision du juge (Schéma 1)



En cas de requête d'astreinte par une partie après le prononcé de la décision du juge (Schéma 2)



**En cas d'astreinte ordonnée d'office par le juge
(Schéma 3)**



Compte tenu que toute décision du juge peut être assortie d'une astreinte²²⁰, le procès peut toujours être en cours en T0 ainsi qu'en: T12 pour les schémas 1 et 3 et T14 pour le schéma 2²²¹.

L'astreinte soumise à un délai ne déploie ses effets que postérieurement à son prononcé. Ainsi, la violation de la décision qu'elle assortit avant l'échéance du délai ne doit pas être prise en compte lors de sa liquidation²²². Dans ces circonstances, elle ne déploie ses effets et n'est due pour la période de violation (1) qu'à partir de: T2 pour les schémas 1 et 3²²³ et T4 pour le schéma 2²²⁴.

Au sujet de sa liquidation, son bénéficiaire peut la requérir dès le début d'une période de violation, même si cette période n'est pas échue. Il s'agit alors d'une liquidation partielle²²⁵. Tant que la période de violation concernée n'est pas échue, l'astreinte peut faire l'objet de plusieurs liquidations partielles²²⁶. Lorsque la période de violation est échue, le bénéficiaire peut requérir la liquidation finale de l'astreinte.

En somme, la liquidation:

- Partielle, peut être requise pour:
 - la période de violation (1): schémas 1 et 3 dès T1 ou, en cas de délai, dès T2 et schéma 2 dès T3 ou, en cas de délai, dès T4,
 - la période de violation (2): schémas 1 et 3 dès T4 et schéma 2 dès T6, et
 - la période de violation (3): schémas 1 et 3 dès T8 et schéma 2 dès T10; et
- Finale, peut être requise pour:
 - la période de violation (1): schémas 1 et 3 dès T3 et schéma 2 dès T5,
 - la période de violation (2): schémas 1 et 3 dès T5 et schéma 2 dès T7, et
 - la période de violation (3): schémas 1 et 3 dès T11 et schéma 2 dès T13.

En raison de sa nature accessoire, l'astreinte ne peut dans tous les cas déployer ses effets au-delà de l'instant où la décision qu'elle assortit ne déploie plus les siens ou lorsque son destinataire s'est définitivement conformé à la décision assortie²²⁷. Cet instant, qui coïncide avec l'échéance de la période de menace, correspond à: T12 dans les schémas 1 et 3 et T14 dans le schéma 2.

La période P2 n'a pas nécessairement la même durée que la période P1. Le juge peut librement la déterminer. En raison de la nature accessoire de l'astreinte, la période P2 prend fin dans tous les cas en: T12 dans le schéma 1, T14 dans le schéma 2 et T12 dans le schéma 3.

220 Voir ci-dessus A.IV.1.

221 La décision assortie de l'astreinte n'est pas nécessairement un jugement, qui met fin à l'instance.

222 Voir ci-dessus A.IV.3.

223 La période T1 à T2 ne doit pas être prise en compte lors de la liquidation.

224 La période T3 à T4 ne doit pas être prise en compte lors de la liquidation.

225 A ce sujet, voir A.IV.4.a.

226 Une même période de temps ne peut cependant faire l'objet que d'une seule liquidation.

227 A ce sujet, voir ci-dessus A.IV.3.

Résumé

L'astreinte, qui est une mesure préventive incitant son destinataire à se conformer à l'ordre du juge (ou d'un arbitre), était prévue dans l'Avant-projet de Code de procédure civile. Elle a cependant été écartée du Projet de Code de procédure civile. A notre sens, une intégration de l'astreinte dans le futur Code de procédure civile suisse est une opportunité à saisir. En effet, l'efficacité des mesures d'incitation prévues par le droit suisse, tenant compte du Projet de Code de procédure civile suisse dans sa version actuelle (amende d'ordre et menace de la peine prévue à l'art. 292 du CP), n'est pas acquise. Or, de telles mesures sont essentielles à tout ordre juridique pour lequel le respect du droit est une valeur fondamentale. En incitant son destinataire à respecter le droit, l'astreinte permet dans une certaine mesure d'éviter des violations de celui-ci et, par voie de conséquence, le dépôt d'actions en justice y relatives (qui viendraient davantage lester des tribunaux étatiques déjà surchargés). En outre, l'intégration de l'astreinte dans le Code de procédure civile suisse aurait des incidences positives tant sur l'arbitrage interne, qu'en particulier sur l'arbitrage international. Elle permettrait de libérer les arbitres du malaise qui les retient de prononcer une telle mesure.

Zusammenfassung

Das Zwangsgeld, als vorsorgliche Massnahme gedacht, um seinen Empfänger dazu anzuregen, sich der Verordnung des Richters (oder Schiedsrichters) zu beugen, war im Vorprojekt der Zivilprozessordnung vorgesehen, wurde jedoch im Entwurf nicht berücksichtigt. Unserer Meinung nach, stellt die Einführung des Zwangsgeldes in die zukünftige Zivilprozessordnung eine Gelegenheit dar, die es zu ergreifen gilt. In der Tat, ist die Wirksamkeit der heute im Schweizerischen Gesetz vorgesehenen Anreizmassnahmen, unter Berücksichtigung des aktuellen Projekts der Zivilprozessordnung (Ordnungsbusse und Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen gemäss Art. 292 StGB), nicht gesichert. Solche Massnahmen sind jedoch wesentlich für jegliche juristische Ordnung, für die der Respekt des Rechts ein fundamentaler Wert darstellt. Indem es seinen Empfänger dazu anregt, das Gesetz zu respektieren, erlaubt das Zwangsgeld mittels der entsprechenden Konsequenzen – dem Hinterlegen von damit verbundenen juristischen Handlungen (welche die bereits überlasteten Staatsgerichte weiter belasten würden) – in gewissen Massen die Rechtsverletzung zu vermeiden. Des Weiteren, hätte die Einführung eines Zwangsgeldes in die Zivilprozessordnung positive Auswirkungen auf die interne, sowie insbesondere auch auf die internationale Schiedsgerichtsbarkeit. Dies würde die Schiedsrichter von der unangenehmen Lage befreien, welche sie davon abhält, solche Massnahmen zu verhängen.