

# VD\_FINDINFO MP / 2011 / 9 vom 28. Februar 2011

VD Tribunal cantonal, 2011-02-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_MP\\_\\_\\_2011\\_\\_\\_9](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_MP___2011___9)

FR: VD\_FINDINFO MP / 2011 / 9 du 28 février 2011

IT: VD\_FINDINFO MP / 2011 / 9 del 28 febbraio 2011

## Regeste

CONTRAT D'AGENCE, PROHIBITION DE CONCURRENCE, CONCURRENCE DÉLOYALE | 340b al. 3 CO, 418b al. 3 CO, 101 al. 1 ch. 1 CPC, 24 al. 1 LFors, 3 LFors, 9 LFors

## Erwägungen

### E. 24

aLFors). L'art. 3 aLFors prévoit, pour les actions dirigées contre une personne physique, un for au domicile de cette personne. b) En l'espèce, les parties admettent avoir conclu le 8 septembre 2008 un contrat d'agence (art. 1 ss et 418a ss CO [loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse, Livre cinquième : Droit des obligations; RS 220]) qui prévoit que tous litiges auxquels cet accord pourrait donner lieu serait de la compétence exclusive du Tribunal de Commerce de Genève, même en cas de mesures urgentes (art. 11 du contrat). Il convient toutefois de constater *prima facie* la nullité de cette clause de prorogation de compétence dès lors que le tribunal désigné par les parties n'existe pas (art. 1 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010; RSG E 2 05). En vertu de l'art. 3 aLFors et dans la mesure où l'intimé est domicilié dans le canton de Vaud, les autorités judiciaires vaudoises sont donc compétentes *ratione fori* pour connaître du litige. La Cour civile est compétente pour les causes patrimoniales dont la valeur litigieuse est supérieure à 100'000 fr. et qui ne sont pas attribuées par la loi à une autre autorité (art. 74 al. 2 LOJV). Son juge instructeur est compétent pour ordonner des mesures provisionnelles (art. 103 al. 1 CPC-VD). La compétence du juge de céans est ainsi donnée, la valeur litigieuse étant apparemment supérieure à 100'000 francs. Les parties n'ont du reste pas contesté une telle compétence. IV. a) En vertu de l'art. 418d al. 2 CO, les dispositions sur le contrat de travail (art. 340 à 340c CO) sont applicables par analogie à l'obligation contractuelle de l'agent de ne pas faire concurrence au mandant après la fin du contrat (Tercier/Favre/Conus, *Les contrats spéciaux*, 4<sup>ème</sup> éd. 2009, n. 5750, p. 869; Dreyer, *Commentaire romand*, n. 7 ad art. 418d CO; Wettenschwiler, *Basler Kommentar*, 4<sup>ème</sup> éd. 2007, n. 5 ad art. 418d CO). C'est le droit cantonal qui détermine si et à quelles conditions l'employeur peut obtenir une protection provisionnelle (ATF 131 III 473 c. 2.1, JT 2005 I 305 et les références citées). Aux termes de l'art. 101 al. 1 ch. 1 CPC-VD, des mesures provisionnelles peuvent être ordonnées en tout état de cause, même avant l'ouverture d'action, en cas d'urgence, pour protéger le possesseur dans ses droits (let. a), pour prévenir tout changement d'état de l'objet litigieux (let. b) ou pour écarter la menace d'un dommage difficile à réparer (let. c). b) Par essence, les mesures provisionnelles doivent être prononcées rapidement. A ce stade de la procédure, le juge n'a pas à trancher le droit litigieux; il lui suffit de constater que le bien-fondé de la requête apparaît vraisemblable *prima facie* (TF 4P.222/2006 du 21

décembre 2006 c. 2; ATF 108 II 69 c. 2a et les références citées, JT 1982 I 528; Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, 3<sup>ème</sup> éd., Lausanne 2002, n. 1 ad art. 101 CPC-VD et les références citées; Pelet, Réglementation fédérale des mesures provisionnelles et procédure civile cantonale contentieuse, thèse Lausanne 1986, nn. 57 ss et 61). S'agissant des faits, le requérant n'a pas à établir, au sens d'une preuve complète, les allégations sur lesquelles il fonde sa requête. Il suffit qu'il les rende vraisemblables (RSPI 1994 p. 200; SJ 1989 p. 642; JT 1988 III 109 c. 3a et les références citées; ATF 108 II 69 c. 2a, rés. in JT 1982 I 528; Pelet, op. cit., nn. 57 et 60). Rendre vraisemblables les faits allégués ne signifie pas convaincre le juge de leur exactitude mais lui donner l'impression, par des indices objectifs, que les faits en cause ont une certaine probabilité, sans qu'une réalité différente soit totalement exclue (ATF 104 Ia 408 c. 4; ATF 99 II 344 c. 2b, rés. in JT 1974 I 540; ATF 88 I 11 c. 5a, JT 1962 I 590; Pelet, op. cit., n. 57). Le juge doit à tout le moins attribuer une probabilité plus grande à la survenance des faits qu'à leur contraire. Il ne suffit cependant pas que les prétentions du requérant apparaissent comme simplement défendables. De simples allégations ne suffisent pas à fonder la vraisemblance (RSPI 1990 p. 174 c. 2a; Schlosser, Les conditions d'octroi des mesures provisionnelles en matière de propriété intellectuelle et de concurrence déloyale, in Sic! 2005 p. 339, p. 342 et les références citées). Les mesures provisionnelles étant destinées à protéger provisoirement un droit faisant, ou devant faire l'objet d'un procès au fond (principe de l'accessoriété de la procédure de mesures provisionnelles à celle du fond), le juge des mesures provisionnelles doit, outre la vraisemblance des faits, examiner provisoirement le fondement de la prétention au fond; se limitant à un examen sommaire ne préjugant pas le fond du litige, il doit accorder la protection requise si, sur la base d'un examen sommaire des questions de droit, la prétention invoquée au fond ne se révèle pas dénuée de chances de succès (RSPI 1994 p. 200; SJ 1989 p. 642; JT 1988 III 109; ATF 108 II 69 c. 2a, rés. in JT 1982 I 528, et les références; Pelet, op. cit., nn. 61 ss). Le degré de vraisemblance requis, de même que le caractère plus ou moins sommaire de l'examen du fondement juridique de la prétention, ressortissent à l'appréciation du juge, qui doit adapter ses exigences à l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. Il tiendra compte notamment de la nature des faits constatés, de l'urgence de la situation et de l'importance du préjudice que la protection envisagée ou son défaut risquerait d'occasionner à l'une ou l'autre des parties (Pelet, op. cit., nn. 58, 66 et 77). Le juge doit procéder à la mise en balance des intérêts contradictoires, c'est-à-dire à l'appréciation des désavantages respectifs pour le requérant et pour l'intimé, selon que la mesure requise est ordonnée ou refusée (ATF 131 III 473 c. 2.3, JT 2005 I 305; Hohl, Procédure civile, t. II, n. 2820 [cité ci-après : Hohl, Procédure civile]; Favre/Munoz/Tobler, Le contrat de travail, code annoté, 2<sup>ème</sup> éd. 2010, n. 3.4 ad art. 340b CO). c) Des exigences beaucoup plus élevées sont néanmoins posées pour les mesures provisionnelles tendant à une exécution anticipée, lesquelles ont par exemple pour objet des prestations en argent ou des obligations de s'abstenir ou de faire, dès lors qu'elles portent une atteinte particulièrement grave à la situation juridique de l'intimé en restreignant ou en supprimant, provisoirement ou définitivement, les droits privés de celui-ci. Tel est en particulier le cas lorsque la décision sur la mesure requise est susceptible d'avoir un effet définitif parce que le litige n'a plus d'intérêt au-delà du stade des mesures provisionnelles, ce qui se produit par exemple en matière d'interdiction de faire concurrence, selon l'art. 340b al. 3 CO, lorsqu'il est presque certain que le délai maximal de prohibition de trois ans (art. 340a al. 1 CO) sera expiré à l'issue de la procédure au fond, dont le jugement deviendra sans objet ou lorsque le requérant, dès qu'il a obtenu l'exécution anticipée, n'a plus d'intérêt à valider la mesure en

introduisant une action au fond (ATF 131 III 473 c. 2.3, JT 2005 I 305; Hohl, La réalisation du droit et les procédures rapides, thèse Fribourg, 1994, n. 679, [cité ci-après : Hohl, Réalisation]; Hohl, Procédure civile, t. II, nn. 2868 ss). Ainsi, en matière de mesures d'exécution anticipée, le juge ne peut se contenter de vraisemblance quant aux faits mais doit soumettre leur établissement à des conditions de preuve strictes, après une administration des preuves complètes. En outre, il doit procéder à un examen approfondi du fondement de la cause (Hohl, Procédure civile, t. II, nn. 2868 ss). La prohibition de faire concurrence constituant une restriction importante à la liberté personnelle et une entrave certaine au développement professionnel du travailleur, le degré de vraisemblance des faits et d'apparence du droit devra être élevé (JICCIIV 9 novembre 2009/161, et les références citées; Favre/Munoz/Tobler, op. cit., n. 3.3 ad art. 340b CO). La protection juridique provisoire ne doit donc être accordée que lorsque la demande apparaît fondée de manière relativement claire, au vu de l'état de fait rendu vraisemblable (ATF 131 III 473 c. 3.2, JT 2005 I 305; JICCIIV 9 novembre 2009/161, et les références citées; Hohl, Réalisation, n. 683). d) En résumé, plus les mesures provisionnelles sont susceptibles de porter atteinte à la situation du travailleur ou de l'agent, plus les inconvénients subis par l'employeur doivent l'emporter dans la pesée des intérêts contradictoires et plus la demande au fond doit être assortie de grandes chances de succès. La pesée des intérêts en présence, indissociable de toute procédure de mesures provisionnelles, revêt ainsi une importance encore plus décisive en matière d'interdiction provisoire de faire concurrence ( ATF 131 III 473 c. 3.2, JT 2005 I 305). V. La requérante fonde sa requête sur la clause de non-concurrence contenue dans le contrat d'agence la liant à l'intimé. Dès lors qu'elle doit rendre vraisemblable une prétention au fond, en l'occurrence le droit à la cessation de la contravention à la clause de prohibition de faire concurrence, il convient de rappeler ici les conditions auxquelles celle-ci peut être admise. a) Aux termes de l'art. 340b al. 3 CO applicable par analogie au contrat d'agence, l'employeur peut exiger, s'il s'en est expressément réservé le droit par écrit, outre la peine conventionnelle et les dommages-intérêts supplémentaires éventuels, la cessation de la contravention, lorsque cette mesure est justifiée par l'importance des intérêts lésés ou menacés de l'employeur et par le comportement du travailleur (Dreyer, op. cit., n. 11 ad art. 418d CO; Tercier/Favre/Eigenmann, Les contrats spéciaux, 4<sup>ème</sup> éd. 2009, nn. 3855 à 3857, p. 575; Cotti, Das vertragliche Konkurrenzverbot, thèse Fribourg 2001, p. 281; Gautschi, Berner Kommentar, 1964, n. 8c ad art. 418d CO). b) Pour qu'une interdiction de concurrence soit prononcée par voie de mesures provisionnelles, un certain nombre de conditions formelles et matérielles doivent être réalisées. D'une part, l'employeur doit avoir respecté la forme écrite (ATF 113 III 473 c. 3.2, JT 2005 I 305 ). La doctrine est divisée sur la question de savoir si la possibilité de requérir l'exécution réelle dépend d'un accord écrit lorsque le contrat ne prévoit pas de peine conventionnelle, l'art. 340b al. 3 CO étant peu clair à cet égard. Suivant la doctrine majoritaire, il y a toutefois lieu de considérer que l'exécution réelle dépend toujours d'une réserve écrite. L'exécution réelle est en effet une exception et il ne se justifie pas de défavoriser le travailleur dont le contrat ne prévoit pas de peine conventionnelle, en autorisant l'employeur à requérir l'exécution réelle alors qu'il ne s'en est pas réservé le droit. L'exécution réelle est une ultima ratio et le juge n'y donnera suite que de manière très restrictive, vu les incidences économiques que présente l'interdiction d'exercer une profession pour un travailleur (JICCIIV 30 mars 2005/55/PMR c. III.b; Wyler, Droit du travail, 2<sup>ème</sup> éd. 2008, pp. 612-613). D'autre part, la lésion ou la mise en danger des intérêts de l'employeur, ainsi que le comportement du travailleur, doivent justifier l'interdiction ou la suspension de l'activité concurrente. Ces deux dernières

conditions matérielles sont cumulatives. Il y aura ainsi lieu d'accorder la mesure provisionnelle lorsque l'employeur rend vraisemblable que le dommage qu'il subit est considérable et difficilement réparable, notamment en raison de l'écoulement du temps, et que la violation de son engagement contractuel par le travailleur apparaît particulièrement lourde et contraire à la bonne foi. La seule violation de la clause de prohibition de concurrence n'est pas en elle-même suffisante (ATF 131 III 473 c. 3.2, JT 2005 I 305 ; Favre/Munoz/Tobler, op. cit., n. 3.3 ad art. 340b CO). c) En l'espèce, le contrat d'agent commercial signé le 8 septembre 2008 par les parties prévoit à son art. 8 une clause aux termes de laquelle l'intimé s'engage à s'abstenir de faire concurrence à la requérante dans un délai de trois ans suivant la fin d'activité effective du contrat. Cette clause ne contient toutefois pas de réserve expresse du droit de la requérante d'obtenir l'exécution réelle de la prohibition de faire concurrence. La requérante ne s'est ainsi pas réservée par écrit le droit d'exiger la cessation d'une éventuelle contravention à la prohibition de concurrence; elle ne peut donc pas exiger son respect par le biais d'une action en cessation de concurrence. Il s'ensuit qu'une interdiction de concurrence par voie de mesures provisionnelles est hautement improbable, voire exclue. Les conclusions provisionnelles 6 à 8 de la requérante doivent ainsi être rejetées. d) Au demeurant et à supposer même qu'elle se soit expressément réservée ce droit par écrit, la requérante n'a pas prouvé, ni même rendu vraisemblable que son dommage serait considérable et difficilement réparable et que la violation de la clause d'interdiction de concurrence par l'intimé serait contraire au principe de la bonne foi. En particulier, la requérante allègue avoir constaté, depuis le départ de l'intimé, une baisse de plus de 70 % du chiffre d'affaires relatif à la vente du système "V. \_\_\_\_\_", de 63 % du chiffre d'affaires relatif à la maintenance du système et de plus de 85 % du chiffre d'affaires relatif aux prestations de service. Toutefois, les pièces produites à l'appui de ses allégations ne sauraient à elles seules être tenues pour probantes puisque ces pièces ont été établies par la partie elle-même. La réalité des chiffres apparaissant dans ces pièces n'a en effet pas été corroborée par des témoins. Or, il eût été simple, de la part de la requérante, de faire entendre comme témoin un comptable, ou un employé s'occupant de la vente des produits en cause. Il est vrai que les deux témoins entendus lors de l'audience ont attesté que le nombre de clients "V. \_\_\_\_\_" ou "F. \_\_\_\_\_" de la requérante avaient dû diminuer, de même que le nombre de contrats de maintenance. Ces témoins ont cependant décrit, de manière précise et concordante, les causes de ces diminutions : il s'agit des augmentations de coût signifiées par la requérante à fin 2010 et de l'insatisfaction des clients due au fait que toutes les personnes qualifiées au sein de la requérante avaient donné leur démission, si bien que le service fournir était très défaillant; les deux témoins ont du reste estimé que, pratiquement, la requérante se désintéressait des produits en cause, qui étaient en bout de course. Dans ces circonstances, la requérante n'a pas rendu vraisemblable ni même plausible que les diminutions des chiffres d'affaires ou que les résiliations des contrats de maintenance seraient dues aux agissements de l'intimé. Les deux témoins attestent même du contraire. Ils attestent aussi que les départs de très nombreux employés de la requérante n'ont pas pour origine un soi-disant débauchage de ceux-ci par l'intimé, mais leur insatisfaction à œuvrer dans la nouvelle structure. VI. Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire de procéder à un examen détaillé de l'existence d'une violation des prescriptions de la loi fédérale contre la concurrence déloyale, du 19 décembre 1986 (RS 241), par l'intimé. Il suffit de constater que la requérante n'a pas rendu vraisemblable que les actes qu'elle reproche à l'intimé auraient influencé le fonctionnement du marché des logiciels ERP et BI. En particulier, comme déjà

dit, aucun élément probant n'indique que la diminution des chiffres d'affaires ainsi que les résiliations des contrats de maintenance seraient dues aux agissements de l'intimé, ni que celui-ci se serait livré à un quelconque débauchage des employés de la requérante. VII. Au vu de ce qui précède, les conclusions prises par la requérante doivent être intégralement rejetées et l'ordonnance de mesures préprovisionnelles du 21 décembre 2010 révoquée. Les conclusions en fourniture de sûretés prises par l'intimé n'ont dès lors plus d'objet. VIII. a) Les frais de la procédure provisionnelle sont arrêtés à 1'800 fr. pour la requérante et à 250 fr. pour l'intimé (art. 4 al. 1 et 170a TFJC [tarif du 4 décembre 1984 des frais judiciaires en matière civile]). b) Obtenant gain de cause, l'intimé a droit à des dépens qu'il convient d'arrêter à 1'750 fr., à la charge de la requérante (art. 91 let. a et c et 92 al. 1, 109 CPC-VD; art. 2 al. 1 ch. 2, 3, 5 et 4 al. 2 TAv [tarif des honoraires d'avocat dus à titre de dépens du 17 juin 1986]). Par ces motifs, le juge instructeur, statuant à huis clos et par voie de mesures provisionnelles : I. Rejette la requête de mesures provisionnelles déposée le 20 décembre 2010 par la requérante W. \_\_\_\_\_ à l'encontre de l'intimé P. \_\_\_\_\_. II. Révoque en conséquence l'ordonnance de mesures préprovisionnelles du 21 décembre 2010. III. Arrête les frais de la procédure provisionnelle à 1'800 fr. (mille huit cents francs) pour la requérante et à 250 fr. (deux cent cinquante francs) pour l'intimé. IV. Condamne la requérante W. \_\_\_\_\_ à verser à l'intimé P. \_\_\_\_\_ le montant de 1'750 fr. (mille sept cent cinquante francs) à titre de dépens de la procédure provisionnelle. V. Rejette toutes autres ou plus amples conclusions. VI. Déclare la présente ordonnance immédiatement exécutoire, nonobstant recours ou appel. Le juge instructeur : Le greffier : F. Byrde N. Ouni Du L'ordonnance qui précède, dont le dispositif a été expédié pour notification aux parties le 4 mars 2011, lue et approuvée à huis clos, est notifiée, par l'envoi de photocopies, aux conseils des parties. Les parties peuvent faire appel auprès de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal dans les dix jours dès la notification de la présente ordonnance en déposant auprès de l'instance d'appel un appel motivé, en deux exemplaires. La décision qui fait l'objet de l'appel doit être jointe au dossier. Le greffier : N. Ouni

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.