

VD_GERICHTE CM17.008784 vom 20. März 2017

VD Tribunal cantonal, 2017-03-20, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_CM17.008784

FR: VD_GERICHTE CM17.008784 du 20 mars 2017

IT: VD_GERICHTE CM17.008784 del 20 marzo 2017

Erwägungen

E. 1

La requérante T._____, dont le siège est à Aigle, est active dans le commerce de couleurs et de vernis. L'intimé A.P._____, A.G._____ et B.G._____ en sont les trois administrateurs, au bénéfice de la signature collective à deux. Selon l'extrait du registre du commerce, C._____ dispose de la même signature, mais sa fonction dans la société n'est pas indiquée. L'intimé et A.G._____ sont en outre actionnaires de la requérante, à concurrence de 50% du capital-actions pour le premier et de 40% pour le deuxième, une société tierce détenant les 10% restants. L'intimée L._____, avec siège à Roche, a été inscrite au registre du commerce le 23 janvier 2017, avec pour but « toute activité liée à la décoration, la distribution et la vente d'articles de décoration, de cadeaux et de matériaux en relation avec l'aménagement ». B.P._____, épouse de l'intimé, est l'associée gérante de cette société, dont les statuts prévoient notamment que les « gérants ainsi que les tiers chargés de la gestion peuvent faire concurrence à la société à la condition que tous les associés donnent leur approbation par écrit » (art. 27).

E. 2

L'intimé a occupé chez la requérante la fonction de directeur, conseiller de vente et responsable du point de vente d'Aigle entre juillet 2002 et le 2 septembre 2016, date à laquelle il a été licencié avec effet immédiat. La lettre de résiliation, du même jour, évoque un entretien qui aurait eu lieu le 31 août 2016 entre A.G._____, B.G._____, C._____ et l'intimé, au cours duquel ce dernier aurait reconnu être l'auteur, depuis plusieurs années, notamment de fausses commandes et factures et de faux bulletins de livraison à l'égard de plusieurs clients de la société, dont les plus importants.

- 3 - L'intimé conteste avoir accompli de tels actes ou les avoir reconnus.

E. 3

La requérante allègue que peu après ce licenciement, plusieurs clients et fournisseurs du magasin d'Aigle l'ont informée avoir été contactés par l'intimé, qui leur annonçait l'ouverture d'un nouveau magasin dans le Chablais et les incitait de façon insistante à rompre leurs engagements contractuels envers T._____ et à travailler avec lui. Selon elle, c'est dans ce but que l'intimé a créé L._____, son épouse ne lui servant que de prête-nom. C._____ travaille depuis 15 ans au service de la requérante. Il est actuellement responsable pour tous les magasins et fondé de pouvoirs. Lors de son audition, le prénommé a déclaré avoir appris, vers la fin 2016, que l'intimé allait ouvrir un nouveau magasin. Il l'a su par des clients de la requérante auxquels l'intimé aurait proposé de venir chez lui, en leur disant parfois que les prix seraient moins chers que chez T._____. Plus tard, il a eu confirmation par des clients que le magasin de l'intimé avait ouvert et qu'une inauguration aurait lieu à fin février ou au début mars 2017. Les clients en question, qui

représentent 8 ou 9 entreprises sur les environ 200 que compte la requérante, continuent à fréquenter le magasin d'Aigle, mais selon le témoin moins régulièrement qu'auparavant. Certains fournisseurs (3 ou 4) également ont dit à C._____ avoir été contactés début mars 2017 par l'intimé, qui voulait savoir s'ils pouvaient le fournir. Le témoin ignore s'ils l'ont fait effectivement, mais affirme qu'ils n'ont pas cessé de fournir la requérante. Il ressort enfin de l'audition de C._____ que l'épouse de l'intimé a travaillé pour la requérante en 2015-2016, selon lui comme entreprise externe, soit par mandat. La requérante a produit deux courriels de clients et/ou fournisseurs qui affirment avoir été contactés par l'intimé dans le cadre de l'ouverture de son nouveau magasin, mais qui auraient refusé de le suivre.

- 4 -

E. 4

En date du 22 décembre 2016, la requérante a déposé plainte pénale contre l'intimé auprès du Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois. Par lettre du 14 février 2017 de son conseil, l'intimé, se prévalant de sa qualité d'administrateur et actionnaire, a mis en demeure la requérante de lui faire parvenir les comptes 2016, ainsi que les procès- verbaux des décisions du conseil d'administration et des stratégies adoptées, en précisant qu'à ce défaut il saisirait la justice, voire convoquerait une assemblée générale. Le conseil de la requérante a répondu le 28 février 2017 que les informations relatives aux stratégies ne pouvaient être fournies vu l'activité concurrente de l'intimé et le débauchage de clients auquel il procédait systématiquement ; quant aux comptes, ils n'étaient pas encore clôturés. Le 15 mars 2017, l'intimé a saisi le président du Tribunal civil d'arrondissement de l'Est vaudois d'une requête de conciliation, dont les conclusions tendent au paiement par la requérante de 72'400 fr. à titre de salaire pendant le délai de congé et de 27'600 fr. à titre d'indemnité pour licenciement immédiat injustifié. A une date qui n'est pas établie, mais vraisemblablement courant mars 2017, il a en outre demandé et, par voies de mesures superprovisionnelles, apparemment obtenu qu'il soit fait interdiction au tiers détenteur des 10% du capital-actions de la requérante de transférer sa part à A.G._____. Toutes ces procédures sont actuellement en cours.

E. 5

Par requête 28 février 2017, T._____ a conclu, avec dépens, à ce qu'il plaise au Juge délégué de la Cour civile prononcer, par voie de mesures superprovisionnelles et provisionnelles (ndr. : entre parenthèses la numérotation des conclusions provisionnelles) : « (...) II. (XI.) Ordre est donné à A.P._____ de cesser immédiatement toute activité concurrente à celle de T._____ en particulier par l'ouverture d'un commerce actif dans le domaine des vernis et

- 5 - peintures, sous la menace de la peine de l'article 292 CP en cas d'insoumission à l'autorité. III. (XII.) Ordre est donné à L._____ de cesser immédiatement toute activité concurrente à celle de T._____ en particulier par l'ouverture d'un commerce actif dans le domaine des vernis et peintures, sous la menace, aux organes de L._____, de la peine de l'article 292 CP en cas d'insoumission à l'autorité. IV. (XIII.) Ordre est donné à A.P._____ de cesser immédiatement de prendre contact avec les clients et les fournisseurs de T._____ sous la menace de la peine de l'article 292 CP en cas d'insoumission à l'autorité. V. (XIV.) Ordre est donné à L._____ de cesser immédiatement de prendre contact avec les clients et les fournisseurs de T._____ sous la

menace, aux organes de L. _____, de la peine de l'article 292 CP en cas d'insoumission à l'autorité. VI. (XV.) Interdiction est faite à A.P. _____ d'exercer toute activité concurrente à celle de T. _____ en particulier par l'ouverture d'un commerce actif dans le domaine des vernis et peintures, sous la menace de la peine de l'article 292 CP en cas d'insoumission à l'autorité. VII. (XVI.) Interdiction est faite à L. _____ d'exercer toute activité concurrente à celle de T. _____ en particulier par l'ouverture d'un commerce actif dans le domaine des vernis et peintures, sous la menace, aux organes de L. _____, de la peine de l'article 292 CP en cas d'insoumission à l'autorité. VIII. (XVII.) Interdiction est faite à A.P. _____ de prendre contact avec les clients et les fournisseurs de T. _____ sous la menace de la peine de l'article 292 CP en cas d'insoumission à l'autorité. IX. (XVIII.) Interdiction est faite à L. _____ de prendre contact avec les clients et les fournisseurs de T. _____ sous la menace, aux organes de L. _____, de la peine de l'article 292 CP en cas d'insoumission à l'autorité. (XIX.) Un délai de trois mois est octroyé à T. _____ pour ouvrir action au fond dès que l'Ordonnance de mesures provisionnelles sera définitive et exécutoire. » Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 1er mars 2017, le juge délégué a notamment interdit aux intimés de prendre contact avec les clients et fournisseurs de la requérante, assorti cette interdiction de la menace, à l'intimé et aux organes de l'intimée, de la peine d'amende prévue à l'art. 292 du code pénal en cas d'insoumission à une décision de l'autorité et dit qu'il serait statué sur les dépens dans l'ordonnance de mesures provisionnelles.

- 6 - L'intimé s'est déterminé le 7 mars 2017, concluant au rejet des mesures superprovisionnelles et provisionnelles. A titre subsidiaire, il a conclu, d'une part, à l'interprétation du dispositif de l'ordonnance de mesures superprovisionnelles en ce sens que les intimés peuvent livrer et facturer toute commande éventuelle passée avant le 1er mars 2017 et, d'autre part, à ce que la requérante soit astreinte à fournir des sûretés à hauteur de 100'000 francs. Ces deux dernières conclusions ont été rejetées par prononcé du 14 mars 2017, la décision sur les frais étant renvoyée à la décision sur les mesures provisionnelles. Les parties ont été entendues à l'audience de mesures provisionnelles du 20 mars 2017, au cours de laquelle il a encore été procédé à l'audition de C. _____, proposé en tant que témoin par la requérante. L'intimé a contesté que le prénommé puisse être entendu en cette qualité ; au vu de ses fonctions au sein de la requérante, il s'agirait selon lui d'un interrogatoire de partie. En droit : I. a) La requérante fonde expressément ses prétentions sur la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (ci-après : LCD; RS 241). Il est reproché à l'intimé de chercher à détourner à son profit des clients et fournisseurs de la requérante en les incitant illicitement à rompre leurs relations contractuelles avec elle, en violation de l'art. 4 let. a LCD. Compte tenu de la fonction de l'intimé au sein de la requérante, l'exercice par celui-ci d'une activité concurrente, directement ou par le biais de la société - l'intimée - qu'il aurait lui-même constituée à cette fin, serait en outre contraire au devoir de fidélité qui est imposé à l'administrateur par l'art. 717 CO et, partant, constitutive d'un acte de concurrence déloyale sanctionné par la clause générale de l'art. 2 LCD. En raison de ces agissements, la requérante serait exposée à un dommage prévisible supérieur à 30'000 francs.

- 7 - L'intimé répond qu'il n'existe aucun fondement, légal ou contractuel, qui lui interdirait de faire concurrence à la requérante. Ni son contrat de travail, résilié le 2 septembre 2016, ni sa qualité d'administrateur ou d'actionnaire de la requérante ne lui imposeraient une telle prohibition, ce d'autant moins que, depuis cette date, il aurait été complètement écarté de

l'administration de la société. L'intimé conteste en outre avoir incité des clients ou fournisseurs de la requérante à rompre des contrats qu'ils auraient passés avec elle. Il est constant que la présente procédure s'inscrit dans un litige plus large entre les parties et qui comporte, en l'état, un volet pénal et deux autres procès civils, l'un relatif à la fin des rapports de travail, l'autre ayant trait à la composition de l'actionnariat de la requérante. Cela étant, les conclusions de la requérante tendent uniquement à mettre fin, par voie de mesures provisionnelles, à des comportements prétendument contraires à la LCD, de sorte que c'est ce fondement qui est décisif pour déterminer la compétence du juge, qui doit être examinée d'office (art. 59 et 60 CPC). b) Selon l'art. 5 al. 1 let. d CPC, l'instance cantonale unique instituée par le droit cantonal est compétente pour statuer sur des litiges relevant de cette loi lorsque la valeur litigieuse dépasse 30'000 francs. Bien que la requérante n'apporte pas d'éléments concrets permettant d'estimer l'influence des agissements de l'intimé sur son chiffre d'affaires (cf. infra, ch. IV), et donc son préjudice, il y a lieu d'admettre, compte tenu des violations invoquées et au stade des mesures provisionnelles, que cette valeur minimale pourrait en l'espèce être dépassée. L'intimé a du reste sollicité la constitution de sûretés d'un montant de 100'000 francs. Instance cantonale unique au sens l'art. 5 CPC, la Cour civile (art. 74 al. 3 de la loi d'organisation judiciaire vaudoise du 12 décembre 2009 [LOJV ; RSV 173.01]), respectivement son juge délégué s'agissant de la procédure sommaire des art. 248 ss CPC (art. 43 al. 1 let. e du code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010 [CDPJ ; RSV 211.02]), est

- 8 - matériellement compétente pour statuer sur la requête de mesures provisionnelles (art. 5 al. 1 et 2 CPC). Sauf disposition contraire de la loi, est impérativement compétent pour ordonner des mesures provisionnelles le tribunal compétent pour statuer sur l'action principale (art. 13 let. a CPC). En matière d'actions fondées sur un acte illicite, notion qui englobe la responsabilité découlant d'un acte de concurrence déloyale (Haldy, CPC Commenté, n. 2 ad art. 36 CPC), l'art. 36 CPC attribue la compétence au tribunal du domicile ou du siège du lésé ou du défendeur ou au tribunal du lieu de l'acte ou du résultat. En l'espèce, la requérante, qui est la partie prétendument lésée par les actes incriminés, a son siège à Aigle, dans le canton de Vaud, de sorte que la compétence territoriale du juge de céans est également donnée. Au demeurant, les intimés ont procédé sans faire de réserve sur ce point (art. 18 CPC). II. Il y a lieu à présent d'examiner si la déposition de C. _____ doit être qualifiée de témoignage au sens de l'art. 169 CPC, comme requis par la requérante, ou d'interrogatoire de partie selon l'art. 191 CPC, comme le suggère l'intimé. a) L'art. 159 CPC prévoit que les organes d'une personne morale qui est partie au procès sont traités comme une partie dans la procédure d'administration des preuves. Cette disposition vise aussi les organes de fait, lorsqu'ils ont encore cette qualité au moment de l'introduction de l'instance, ou lors de leur audition. Selon Schweizer (CPC commenté, 2011, n. 12 ad art. 159 CPC, citant Ruedin, Droit des sociétés, 2e éd., 2006, n. 710), doivent également être considérés comme organes de la personne morale les personnes qui agissent pour elle sur le plan externe, soit en particulier les fondés de procuration. Cet avis n'est pas suivi par Bohnet (L'entreprise et la personne morale en procédure civile, CEMAJ UNINE 2014, pp. 1 ss), pour qui les

- 9 - fondés de pouvoirs et les mandataires commerciaux doivent être considérés comme des témoins, au contraire des directeurs, organes de la personne morale (ch. 132 et les références et renvois). Selon cet auteur, la notion d'organe contenue aux art. 54 et 55 CC doit se comprendre dans son acception étroite, en ce sens qu'elle regroupe les personnes

physiques qui sont responsables de la gestion et de la représentation de la société, que ce soit en vertu de la loi ou d'une délégation de compétence, et non tous les organes de celle-ci. Ainsi, dans le contexte de la société anonyme, l'organe au sens des dispositions précitées est le conseil d'administration et, si cette possibilité est prévue par les statuts, les membres du conseil d'administration ou les tiers à qui la gestion a été déléguée (art. 716b CO) ; le délégataire est alors un organe formel statutaire ne nécessitant aucune procuration. Il en va de même pour ce qui est de la représentation de la société (art. 718 CO), et notamment par un directeur inscrit au registre du commerce (art. 718 al. 2 CO) (Bohnet, op. cit., ch. 35). b) En l'espèce, l'extrait du registre du commerce de la requérante indique seulement que C._____ bénéficie de la signature collective à deux. La fonction qu'il occupe dans la société n'est pas mentionnée, mais il est constant que ce n'est pas un administrateur ou un directeur et rien ne permet de considérer qu'il serait un organe de fait. Il faut donc admettre qu'il s'agit uniquement d'un fondé de pouvoirs. A cet égard, l'opinion de Bohnet est argumentée et convaincante et doit être préférée à celle de Schweizer, de sorte que, à défaut d'autre élément, C._____ ne saurait être assimilé à un organe selon l'art. 159 CPC. Les déclarations du prénommé lors de son audition relèvent donc du témoignage. Il n'en demeure pas moins que même un témoignage peut et doit être apprécié avec réserve, voire écarté en présence de circonstances particulières, par exemple lorsqu'il existe des liens plus ou moins étroits entre le témoin et l'une des parties. Ainsi, l'existence de liens notamment professionnels est un élément qu'il faut prendre en considération dans l'appréciation des déclarations faites par le témoin. Il n'exclut pas de tenir compte du témoignage, le cas échéant en faisant preuve de

- 10 - circonspection, mais il peut aussi justifier, en fonction des circonstances, de ne pas le retenir (TF 4A_570/2009 du 7 mai 2010, consid. 4.4 ; 4P.39/2007 du 10 juillet 2007 consid. 4.3). En l'espèce, il est vrai que C._____ travaille depuis 15 ans pour la requérante et occupe actuellement le poste de responsable de tous ses magasins. Son témoignage ne saurait toutefois être écarté pour autant, même si une certaine retenue se justifie dans son appréciation. Au demeurant, les déclarations du témoin, en partie corroborées par les courriels produits (cf. supra, ch. 2 in fine), ne sont pas à elles seules déterminantes pour le sort des mesures provisionnelles, comme on le verra ci-après. III. a) En matière de propriété intellectuelle et de concurrence déloyale, les conclusions de la requête de mesures provisionnelles doivent être précises ; les conclusions formulées de façon trop vague doivent être déclarées irrecevables. Une telle exigence se justifie notamment par le fait qu'il appartient au requérant et non au juge de supporter le risque du dommage causé par des conclusions provisionnelles qui pourraient s'avérer injustifiées au terme de la procédure au fond. Pour répondre à l'exigence de précision, la conclusion doit donc être concrète et permettre de déduire sans équivoque ce que le requérant veut obtenir. Elle doit donner une description exhaustive de l'agissement illicite, afin que le défendeur puisse connaître les limites de l'interdiction sans effort d'interprétation (Troller, Manuel du droit suisse des biens immatériels, 2e éd., 1996, t. II, pp. 1010 et 1011). Elle doit pouvoir être reprise telle quelle dans le dispositif de l'ordonnance, qui doit pouvoir faire sans autre l'objet d'une exécution forcée. En vertu du principe de disposition, le juge ne peut accorder à une partie ni plus ni autre chose que ce qui est demandé (art. 58 al. 1 CPC). Il peut en revanche allouer moins que ce qui est requis (Schlosser, Les conditions d'octroi des mesures provisionnelles en matière de propriété intellectuelle et de concurrence déloyale, in sic! 2005, pp. 339 ss, spéc. p. 341 ; JdT 2005 I 399 ; Barbey, Mesures provisionnelles devant

- 11 - la Cour de justice dans le droit de la propriété intellectuelle, de la concurrence déloyale et des cartels, in SJ 2005 II 335, spéc. p. 348). S'agissant plus particulièrement des conclusions en cessation, lorsque celles-ci sont formulées de façon trop vague, elles doivent être rejetées lorsqu'il n'est pas possible d'y donner partiellement suite en prononçant une interdiction précisément formulée qui aille moins loin que celle qui a été requise (sic! 2008, p. 907 ss, spéc. p. 909). En l'occurrence, les conclusions de la requête tendent, notamment, à ce qu'il soit ordonné aux intimés de cesser immédiatement toute activité concurrente à celle de la requérante, en particulier par l'ouverture d'un commerce actif dans le domaine des vernis et peintures (XI et XII), respectivement qu'il leur soit interdit d'exercer une telle activité concurrente (XV et VI). Ces conclusions sont formulées de manière trop générale en ce qui concerne l'objet de l'interdiction demandée. En effet, elles ne permettent pas de comprendre clairement ce que la requérante entend par « activité concurrente » autre que l'ouverture d'un commerce de vernis et peintures, précisé à titre exemplatif, comme le démontre l'emploi de l'adverbe « en particulier ». Une décision qui se bornerait à interdire l'exercice d'une activité concurrente, sans indiquer les actes concrets dont les intimés devraient s'abstenir, ne saurait faire l'objet d'une exécution forcée sans que le juge de l'exécution ne doive procéder à son interprétation. La question de l'irrecevabilité (partielle) de ces conclusions, déjà soulevée dans l'ordonnance de mesures superprovisionnelles, peut toutefois rester ouverte, la requête devant de toute façon être rejetée, pour les motifs qui suivent. b) Selon l'art. 261 CPC, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable, d'une part, qu'une prétention dont il est titulaire est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (al. 1 let. a) et, d'autre part, que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (al. 1 let. b). Le requérant est tout d'abord tenu de rendre vraisemblable la légitimité de sa demande principale (FF 2006 p. 6841, spéc. p. 6961). Cela

- 12 - implique de rendre vraisemblables, d'une part, les faits allégués à l'appui de la prétention et, d'autre part, l'existence de son droit. Comme la décision provisionnelle doit intervenir rapidement, après une instruction sommaire, il n'est ni possible ni nécessaire d'apporter au juge la preuve que le procès est réellement fondé; il suffit de rendre vraisemblable que le droit matériel invoqué existe et que le procès a des chances de succès (Bohnet, CPC Commenté cit., n. 7 ad art. 261 CPC). Lorsque, comme en l'espèce, le requérant fonde ses prétentions sur la loi contre la concurrence déloyale, il doit donc rendre vraisemblable un agissement de l'intimé contraire à cette loi. Si l'atteinte illicite aux droits du requérant n'a pas encore eu lieu, celui-ci est tenu de rendre vraisemblable qu'il risque de faire l'objet d'une (première) entrave à la concurrence loyale. A cet égard, la simple possibilité d'une atteinte illicite ne suffit pas; il faut au contraire que l'on doive sérieusement craindre qu'elle se produise. Ce risque doit être établi à partir d'éléments concrets dont on peut inférer l'intention de l'intimé (Schlosser, op. cit., p. 344 et les réf. cit. en notes infrapaginales 63 à 64). Le requérant doit ainsi rendre vraisemblable qu'il est atteint ou menacé dans ses droits (Hohl, Procédure civile II, 2e éd., 2010, n. 1756, p. 322). Le requérant doit ensuite rendre vraisemblable qu'il s'expose, en raison de la durée nécessaire pour rendre une décision définitive, à un préjudice qui ne pourrait pas être entièrement supprimé même si le jugement à intervenir devait lui donner gain de cause. En d'autres termes, il s'agit d'éviter d'être mis devant un fait accompli dont le jugement ne pourrait pas complètement supprimer les effets (Treis, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, n. 7 ad art. 261 CPC). Est considéré comme difficilement réparable le préjudice qui sera plus tard impossible ou difficile à mesurer ou à compenser

entièrement. Entrent notamment dans ce cas de figure la perte de la clientèle et l'atteinte à la réputation d'une personne (TF 4A_611/2011 du 3 janvier 2012, consid. 4.1; Treis, op. cit., n.

E. 8

ad art. 261 CPC).

- 13 - La mesure requise doit en outre être proportionnée au risque d'atteinte. Si plusieurs mesures sont propres à atteindre le but recherché, il convient de choisir la moins incisive, celle qui porte le moins atteinte à la situation juridique de la partie intimée. A cet égard, il faut procéder à une pesée des intérêts contradictoires de toutes les parties au litige (FF 2006 p. 6841, spéc. p. 6962). Plus une mesure atteint de manière incisive la partie intimée, plus il convient de fixer de hautes exigences quant à l'existence des faits pertinents et au fondement juridique de la prétention. Tel est en particulier le cas des mesures d'exécution anticipée provisoires lorsqu'elles sont susceptibles d'avoir un effet définitif, le litige étant privé d'intérêt au-delà des mesures provisionnelles. Ces exigences élevées ne portent pas seulement sur la vraisemblance comme mesure de la preuve requise, mais également sur l'ensemble des conditions d'octroi de la mesure provisionnelle, en particulier sur l'appréciation de l'issue du litige au fond et sur celle des inconvénients que la décision incidente pourrait créer à chacune des deux parties (ATF 131 III 473 consid. 2.3 et 3.2). IV. Selon l'art. 2 LCD, est déloyal et illicite tout comportement ou pratique commerciale qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients. Cette clause générale est concrétisée aux art. 3 à 8 LCD, qui dressent une liste (non exhaustive) des agissements déloyaux. Lorsqu'un comportement tombe sous le coup de l'une ou l'autre de ces dispositions particulières, le recours à la clause générale de l'art. 2 LCD est inutile. Celle-ci reste toutefois applicable pour les hypothèses que ces dispositions ne viseraient pas directement (ATF 132 III 414 consid. 3.1 ; 131 III 384 consid. 3). a) La requérante se prévaut tout d'abord d'une violation de l'art. 4 let. a LCD, aux termes duquel agit de façon déloyale celui qui incite un client à rompre un contrat en vue d'en conclure un autre avec lui. L'existence, au moment de la perturbation, d'un contrat liant le client au concurrent est une première condition de cette disposition. Celle-ci ne trouve donc pas application si un tel contrat n'a pas encore été

- 14 - conclu ou qu'il a déjà pris fin (sic! 2004, p. 949). Le perturbateur doit ensuite intervenir auprès du client pour l'amener à violer ou à révoquer le contrat. S'il n'est pas nécessaire qu'il exhorte expressément le client à agir en ce sens, son comportement doit néanmoins revêtir une certaine intensité. Ainsi, le simple fait de prendre contact avec le client d'un concurrent, de lui évoquer la possibilité de conclure un contrat sur le même objet ou de lui envoyer une offre de contrat ne constitue pas encore une incitation (Morin/Opplinger, Commentaire romand LCD, 2017, n. 18 ad art. 4 LCD et les réf. cit). De même, l'indication de la possibilité de conclure un contrat équivalent ou plus avantageux que celui en cours avec le concurrent ne suffit pas (sic! 2004 p. 884, consid. 3.2). La rupture de contrat n'est en outre réalisée que lorsqu'un contrat est effectivement violé (ATF 133 III 431 consid. 4.5, JdT 2008 I 34, SJ 2007 I 562), c'est-à-dire lorsque le concurrent déloyal incite le tiers à ne pas respecter les obligations qu'il a contractées avec autrui pour prendre la place de ce dernier. En revanche, il n'y a pas d'incitation déloyale si la résiliation du contrat est conforme au droit (ATF 133 III 431 consid. 4.5 précité ; ATF 129 II 497 consid. 6.5.6, SJ 2004 I 165). L'art. 4 let. a LCD exige enfin que le perturbateur ait incité la

violation du contrat dans le but de conclure un contrat avec lui. La notion de client s'entend largement : elle ne vise pas seulement le consommateur final (ATF 114 II 91 consid. 4a/bb, JdT 1988 I 310), mais aussi tous les bénéficiaires de marchandises ou de services qui se trouvent aux échelons économiques précédents (David/Jacobs, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5e éd., n. 347 ; Morin/Oppliger, op. cit., n. 25 ad art. 4 LCD et les réf. cit.). En l'espèce, la requérante a pour activité la vente dans ses commerces de produits de peinture et de vernis. Quand bien même elle se serait constituée dans ce cadre une certaine clientèle, il n'apparaît pas, et la requérante ne le prétend pas, que ses clients seraient contractuellement tenus d'acheter ces produits auprès d'elle. En d'autres termes, on ne voit pas qu'il existe entre la requérante et ses clients,

- 15 - fussent-ils des plus fidèles, d'autres rapports contractuels que ceux qui prennent naissance au moment où des produits sont achetés, respectivement commandés. Or, il ne ressort pas de l'instruction que l'intimé aurait incité des clients de la requérante, après qu'ils aient passé commande auprès d'elle, à annuler ces commandes ou à enfreindre d'une autre manière les obligations qui en résultent. Le fait que l'intimé ait contacté des clients qui achètent habituellement, voire régulièrement dans les magasins de la requérante, ou même qu'il ait cherché à convaincre certains d'entre eux de se fournir chez lui ne constitue pas, en dehors de toute incitation concrète à violer un contrat existant, un comportement déloyal sanctionné par l'art. 4 let. a LCD. Les considérations qui précèdent valent aussi pour les fournisseurs de la requérante que l'intimé aurait contactés afin qu'ils lui livrent leurs produits. Rien au dossier ne permet de considérer que ceux-ci seraient tenus de fournir uniquement la requérante, à l'exclusion d'autres commerçants, ni encore moins que l'intimé les aurait incités à ne pas livrer à celle-ci leurs produits. Il est d'ailleurs douteux que les fournisseurs puissent être considérés ici comme des clients, au sens de l'art. 4 let. a LCD. En effet, dans leurs rapports avec la requérante et l'intimé, ils seraient concernés uniquement en leur qualité de distributeurs de produits (grossistes), et non comme destinataires de celles-ci (cf. en ce sens Morin/Oppliger, op. cit., n. 25 ad art. 4 LCD et les réf. cit.). La requérante échue ainsi à rendre vraisemblable une violation par l'intimé, respectivement par la société intimée, de l'art. 4 let. a LCD. b) Dans un second moyen, la requérante soutient que l'exercice par l'intimé d'une activité concurrente à la sienne serait contraire à l'art. 717 CO et, partant, constituerait un acte déloyal au sens de l'art. 2 LCD. aa) On l'a vu, un comportement ne tombant pas sous le coup des art. 3 à 8 LCD peut être considéré comme déloyal en vertu de la clause générale de l'art. 2 LCD (TF 4C.67/2007 du 27 avril 2007, consid.

- 16 - 4.1; ATF 131 III 384 consid. 3, JdT 2005 I 434 ; ATF 122 III 469 consid. 9). Il ressort de cette disposition que, pour être illicite, un comportement ou une pratique doit être objectivement de nature à influencer sur les rapports entre concurrents ou le fonctionnement du marché (ATF 126 III 198 consid. 2, SJ 2000 I 337). Autrement dit, il doit être objectivement propre à avantager ou désavantager une entreprise qui cherche à acquérir de la clientèle, ou à accroître ou diminuer ses parts de marché (ATF 126 III 198 consid. 2, SJ 2000 I 337; ATF 120 II 76 consid. 3, JdT 1994 I 365). Il n'est en revanche pas nécessaire que l'auteur ait l'intention d'influencer l'activité économique ; la concurrence déloyale ne suppose ni mauvaise foi, ni faute, mais simplement un comportement qui viole objectivement les exigences de la bonne foi en affaires (ATF 109 II 483 consid. 5, JdT 1984 I 295). Selon l'art. 717 al. 1 CO, les membres du conseil d'administration, de même que les tiers qui s'occupent de la gestion, exercent leurs attributions avec toute la diligence

nécessaire et veillent fidèlement aux intérêts de la société. En vertu de ce devoir de fidélité, ils doivent adopter un comportement conforme à l'intérêt de la société et des actionnaires, veiller prioritairement à la sauvegarde de cet intérêt et éviter toute situation où leurs propres intérêts pourraient aller à l'encontre de ceux de la société. Le devoir de fidélité prévu à l'art. 717 CO protège la sphère d'intérêts de la société contre celle de ses organes dirigeants et des tiers (Bastian, Délégation de compétences et répartition des tâches au sein du conseil d'administration, Lausanne 2010, thèse, p. 383). Celui qui y est soumis se doit de conduire les affaires sociales en favorisant l'intérêt de la société au détriment de son propre intérêt, de celui de ses proches, des actionnaires dont il serait le représentant ou des tiers (ATF 130 III 213 consid. 2.2.2, JdT 2004 I 223 ; ATF 113 II 52 consid. 3a, JdT 1988 I 26). Lorsqu'il place ses intérêts avant ceux de la société, il viole le devoir de fidélité que lui impose l'art. 717 CO. Le devoir de fidélité incombe en premier lieu aux membres du conseil d'administration, soit à tous les administrateurs, formels ou de fait, mais aussi à tous ceux qui s'occupent de la gestion ou qui agissent à titre

- 17 - fiduciaire (Peter/Cavaldini, Commentaire romand CO II, n. 2 ad art. 717 CO). Sont donc soumis à ce devoir les organes de la société, aussi bien formels que matériels, et ceux qui agissent comme tels (FF 1983 II 757, spéc. p. 952), autrement dit les organes au sens de l'art. 55 CC (Pater/Cavaldini, loc. cit.). La loi ne prévoit pas explicitement une prohibition de faire concurrence dont serait tenu l'administrateur, comme elle le fait pour l'associé gérant de la société à responsabilité limitée (art. 818 CO). La doctrine estime toutefois que l'exercice par l'administrateur d'une activité concurrente à celle de la société n'est pas compatible avec sa fonction (Fortmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 28, n. 35, p. 298 ; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4e éd., 2009, n. 611, p. 1784) et le devoir de fidélité qui en découle (Venturi/Bauen, Le conseil d'administration, 2007, n. 200, p. 63). Si, en soi, ce devoir de fidélité n'exclut pas qu'il puisse faire des affaires lui-même, il lui est interdit de s'enrichir aux dépens de la société (de Steiger, Le droit des sociétés anonymes en Suisse, p. 250 et les réf. cit.). En outre, l'administrateur ne peut pas détourner la clientèle de la société ou conclure pour son propre compte ou pour le compte d'un tiers, par exemple d'une société concurrente, des affaires « appartenant » à la société (Venturi/Bauen, loc. cit.). L'étendue de l'obligation de non-concurrence dépend des circonstances concrètes. Une délimitation claire des actes prohibés dans les statuts ou dans le règlement du conseil d'administration est recommandée (Böckli, op. cit., n. 613 et la réf. cit. ; Venturi/Bauen, loc. cit.). La violation du devoir de fidélité (ou de diligence) de l'art. 717 CO peut donner lieu à une action en responsabilité contre l'administrateur (art. 752 ss CO). bb) En l'espèce, l'intimé soutient qu'il n'est plus tenu par un devoir de fidélité, étant donné que, depuis son licenciement avec effet immédiat, il n'exerce plus aucune fonction décisionnelle au sein de la requérante et ne s'occupe plus de la gestion.

- 18 - Il est vrai que, depuis la fin des rapports de travail, le 2 septembre 2016, la requérante, ou plutôt les deux autres membres du conseil d'administration ne permettent plus à l'intimé d'exercer sa fonction d'administrateur et lui refusent tout renseignement sur la marche de la société, notamment pour ce qui est des stratégies adoptées. De fait, l'intimé est donc écarté de la conduite des affaires et de la gestion de la société, et ce, depuis plusieurs mois. Or, le devoir de fidélité dont sont tenus les administrateurs et, plus largement, les organes de la société trouve sa justification dans le fait que ce sont eux qui conduisent les affaires, prennent les décisions que la loi ou les statuts leur réservent, pourvoient concrètement à la gestion et, ce faisant, contribuent durablement et d'une manière déterminante à la formation

de la volonté sociale (ATF 131 III 523 consid. 4.5 ; 128 III 29 consid. 3a, JdT 2003 I 18, SJ 2002 I 351 ; ATF 117 II 432 consid. 2b, JT 1993 I 72 ; ATF 107 II 349 consid. 5, JdT 1982 I 173). A défaut de délégation prévue par les statuts (art. 716b CO), la gestion revient à tous les administrateurs, qui l'exercent conjointement. Chaque membre du conseil a alors non seulement le droit (inaliénable) de participer à la gestion de la société, mais également l'obligation de le faire. Cette participation comprend notamment le droit de prendre part au processus décisionnel (et donc aux séances et délibérations du conseil) ainsi que celui d'obtenir l'information et les renseignements nécessaires à la gestion (Venturi/Bauen, op. cit., n. 91, p. 35). C'est dans le cadre de cette activité que les administrateurs doivent veiller fidèlement aux intérêts de la société. On peut dès lors sérieusement se demander si un devoir de fidélité subsiste encore lorsque, comme dans le cas concret, ceux-ci n'exercent plus les fonctions qui sont les leurs et ne pourvoient plus du tout à la gestion de la société, parce que celle-ci, respectivement les autres membres du conseil d'administration s'y refusent. Certes, l'intimé est toujours administrateur de la requérante, mais il ne peut plus participer, en cette qualité, à la formation de la volonté sociale. A cela s'ajoute que son licenciement avec effet immédiat, dont le bien-fondé n'est à ce stade pas démontré, le contraint à exercer une nouvelle activité professionnelle. Quand bien même il serait toujours tenu

- 19 - envers la requérante par un devoir de fidélité, le seul fait qu'il cherche à exercer sa profession n'apparaît pas, au regard de l'ensemble des circonstances, contraire à la bonne foi en affaires au point qu'il faille le qualifier de déloyal selon l'art. 2 LCD. Les conclusions provisionnelles ne sauraient donc se fonder sur cette disposition. V. Au demeurant, dans la mesure où la requérante entend déduire de l'art. 2 LCD, en conjonction avec l'art. 717 CO, une obligation légale de non-concurrence, le juge de céans considère que le régime applicable ne saurait être plus restrictif qu'en matière de prohibition de concurrence contenue dans un contrat de travail (art. 340 ss CO). Autrement dit, la cessation, par voie de mesures provisionnelles, de l'activité concurrentielle exercée par l'administrateur ne saurait, dans un cas tel que celui-ci, être examinée moins sévèrement que celle requise à l'encontre du travailleur tenu contractuellement par une interdiction de concurrence. La balance des intérêts en présence, indissociable de toute procédure provisionnelle, revêt donc, dans le cas particulier, une importance encore plus décisive. Du côté de l'intimé, les quelques contacts que celui-ci a pu avoir avec des clients de la requérante ne font pas apparaître son comportement comme particulièrement crasse ou choquant. Son licenciement et, surtout, le fait qu'il ait été écarté du jour au lendemain de ses fonctions au sein de la requérante ont créé une situation de droit à tout le moins incertaine. La cessation provisoire de son activité, alors qu'il n'est pas allégué ni partant démontré qu'il puisse en occuper une autre, vu sa profession et le fait qu'il l'exerce depuis 15 ans au moins, serait susceptible de le priver de tout revenu pendant toute la durée de la procédure au fond, à tout le moins d'engendrer une atteinte très lourde à sa capacité de gagner sa vie. S'agissant de la requérante, le risque théorique d'un préjudice résultant de l'activité de l'intimé au profit d'une entreprise concurrente paraît certes plausible, mais son ampleur et les modalités concrètes de sa survenance éventuelle ne sont nullement démontrées, fût-ce au degré de

- 20 - la vraisemblance. En particulier, il n'existe à ce stade aucun élément attestant d'une diminution du chiffre d'affaires de la requérante, cela en raison des agissements de l'intimé. Il ressort au contraire de l'audition de C. _____ que les 7 ou 8 clients avec lesquels celui-ci aurait eu des contacts, sur les environ 200 (au moins) que compte la requérante,

n'ont pas cessé de s'approvisionner au magasin d'Aigle. Quant aux fournisseurs, on ne voit pas en quoi le fait qu'ils pourraient être amenés à livrer aussi d'autres commerces que ceux de T. _____, et notamment celui que pourrait exploiter l'intimé, serait de nature à toucher la requérante dans ses activités et encore moins à lui causer un préjudice financier. Il n'apparaît donc pas, au degré requis, que le risque de préjudice évoqué ci-dessus soit en passe de se réaliser et que des intérêts importants de la requérante soient déjà lésés ou concrètement menacés. La pesée des intérêts en présence apparaît ainsi au moins analogue, voire favorable à l'intimé. Pour ce motif aussi, les conclusions provisionnelles doivent être rejetées et les interdictions décernées par voie de mesures superprovisionnelles révoquées en conséquence. VI. Les mesures requises étant refusées, il y a lieu de régler directement le sort des frais de la procédure (art. 104 al. 3 CPC a contrario; Tappy, CPC commenté, n. 12 ad art. 104 CPC). Ces frais, qui comprennent les frais judiciaires et les dépens (art. 95 al. 1 CPC), doivent être mis à la charge de la requérante qui succombe (art. 106 al. 1 CPC par analogie). Les frais judiciaires sont arrêtés à fr. 3'100 fr., à savoir 3'000 fr. pour l'émolument forfaitaire de décision (art. 28 TFJC), étant précisé que l'émolument des mesures superprovisionnelles a été déjà arrêté et mis à la charge de la requérante, et 100 fr. pour l'audition d'un témoin (art. 87 al. 1 TFJC). Ils sont compensés avec les avances des parties (art. 111 al. 1 CPC). L'intimé, qui a procédé par l'intermédiaire d'un avocat, a droit à des dépens qu'il convient d'arrêter à 2'500 fr., débours inclus (art. 3 al. 2, 6 et 19 TDC) ; l'intimée s'étant défendue seule, il ne se justifie pas de lui allouer de dépens (art. 95 al. 3 let. c CPC a contrario).

- 21 - Par ces motifs, le juge délégué, statuant à huis clos et par voie de mesures provisionnelles : I. Rejette la requête de mesures provisionnelles déposée le 28 février 2017 par la requérante T. _____ contre les intimés A.P. _____ et L. _____. II. Révoque en conséquence les chiffres I et II du dispositif de l'ordonnance de mesures superprovisionnelles du 1er mars 2017. III. Met les frais judiciaires de la procédure provisionnelle, arrêtés à 3'100 francs (trois mille cent francs), à la charge de la requérante. IV. Dit que la requérante versera à l'intimé le montant de 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs) à titre de dépens. V. Dit qu'il n'est pas alloué de dépens à l'intimée. VI. Déclare la présente ordonnance immédiatement exécutoire. Le juge délégué : Le greffier : P. Muller E. Vinçani

- 22 - Du L'ordonnance qui précède, lue et approuvée à huis clos, est notifiée, par l'envoi de photocopies, aux conseils respectifs de la requérante et de l'intimé et à l'intimée personnellement. La présente ordonnance peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF et 90 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF). Le greffier : E. Vinçani

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