

JUGE DELEGUÉ DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 17 décembre 2013

Présidence de M. KRIEGER, juge délégué
Greffier : Mme Pache

Art. 340b al. 3, 340c al. 2 CO

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **E._____ SA**, à [...], contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 22 août 2013 par le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale dans la cause divisant l'appelante d'avec **A.M._____**, à Bière, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 22 août 2013, dont la motivation a été envoyée aux parties le 11 octobre 2013, le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale a rejeté les conclusions de la requête de mesures provisionnelles déposée le 24 juillet 2013 par E._____ SA contre A.M._____, telles que complétées par dictée au procès-verbal de l'audience du 8 août 2013 (I), fixé les frais judiciaires de la procédure provisionnelle à 1'600 fr. à la charge de la requérante E._____ SA (II) et dit que la requérante doit payer à l'intimé A.M._____ la somme de 4'200 fr. à titre de dépens (III).

En droit, le premier juge a considéré que la requérante n'avait pas rendu suffisamment vraisemblable que la résiliation du contrat de travail avait été déterminée par un événement imputable à l'intimé, c'est-à-dire dont il aurait été l'auteur, ou à tout le moins dont il devrait répondre. En définitive, la requérante devait supporter les conséquences de l'échec de la preuve, qui n'était pas suffisamment rapportée, savoir la caducité de la clause de prohibition de concurrence et, partant, le rejet de la requête de mesures provisionnelles. Le premier magistrat a également estimé, par surabondance, dans la pensée des intérêts prévue à l'art. 340b al. 3 CO (Code des obligations du 30 mars 1911; RS 220), que le comportement de l'intimé n'apparaissait pas particulièrement crasse ou critiquable, de sorte que cette pesée des intérêts lui était clairement favorable. Enfin, il a retenu que la LCD (loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986, RS 241) n'était d'aucun secours à la requérante puisqu'en matière de concurrence, les art. 340 ss CO conféraient une protection particulière au travailleur et constituaient par rapport à la LCD une *lex specialis*.

B. Par acte du 24 octobre 2013, E._____ SA a fait appel de l'ordonnance précitée, concluant, sous suite de frais, à son annulation et à l'admission des conclusions qu'elle a formulées dans sa requête de

mesures provisionnelles du 24 juillet 2013. Elle a produit un onglet de pièces sous bordereau.

L'intimé n'a pas été invité à se déterminer.

C. Le juge délégué retient les faits suivants, sur la base de l'ordonnance complétée par les pièces du dossier :

1. a) La requérante E. _____ SA, dont le siège est à [...], est inscrite au registre du commerce depuis le 31 août 2006. Son but y est défini de la manière suivante: "recherche, développement, production, vente, distribution et prestations de service de produits pour l'alimentation humaine et animale". Elle est active sur le plan mondial, étant précisé que ses produits sont exportés depuis l'Italie, où elle dispose de stocks de marchandises.

Le capital de la requérante, de 100'000 fr., est divisé en 1'000 actions nominatives liées d'une valeur nominale de 100 fr. chacune. A la fondation, ce capital était réparti entre les trois actionnaires fondateurs, savoir Q. _____, titulaire de 750 actions, l'intimé A.M. _____, titulaire de 200 actions, et C. _____, titulaire de 50 actions. Selon convention d'actionnaires du 22 mars 2007, Q. _____ a vendu 200 actions à l'intimé. Les parties admettent que celui-ci est devenu par la suite actionnaire principal de la société.

b) Par contrat de travail ("Employment contract") du 8 août 2006, l'intimé a été engagé par la requérante en qualité de "Food Division Manager", avec effet au 1^{er} mars 2007. Le salaire mensuel brut a été fixé à 12'000 fr. pour la période de mars à décembre 2007 et à 12'500 fr. dès janvier 2008. Le contrat stipulait notamment ce qui suit :

"11. Non-competition clause

It is hereby agreed that the non-competition period will be three years as from termination of this agreement.

It applies to any work or activities carried out by Dr. A.M. _____ for any and all companies either existing or set-up by Dr. A.M. _____ or in case of private consulting in the manufacturing, development, distribution or sale of essential oils (and its ingredients), spice extracts (and its ingredients),

aromatic and appetising substances of natural or corresponding synthetic origin.

This clause applies to the fields of animal nutrition and health as well as human nutrition and health purposes; geographically this will apply only in countries where E. _____ SA is active.

In case of violation by Dr. A.M. _____ of the non-competition clause, Dr. A.M. _____ has to pay a minimum amount in form of a conventional penalty corresponding to 1 annual gross salary. However, E. _____ S.A. reserves itself expressly the right to claim the payment of all damages suffered by the violation of the non-competition clause.

The payment of the damages will not free Dr. A.M. _____ of his obligations provided for in the present article and E. _____ SA expressly reserves itself the right to require the execution of the obligation and the cessation of a situation which is contrary to this provision, including by any judicial measure."

Depuis son engagement, l'intimé est membre de la direction de la requérante, au bénéfice de la signature collective à deux. Il n'a jamais siégé au conseil d'administration, lequel est composé de C. _____, administrateur président avec signature collective à deux, et de Q. _____, administrateur délégué avec signature individuelle.

2. Dans une lettre manuscrite datée de "début juin 2009", la requérante, par son administrateur délégué, a écrit ce qui suit à l'intimé :

"Cher A.M. _____,

Récemment, notre entreprise a atteint le seuil de rentabilité. Ceci nous a pris un peu plus de temps que prévu. Je sais que pour atteindre ce but nous avons dû travailler dur et avoir des nerfs solides.

Je pense que le moment est bien choisi pour te remercier pour ton engagement et pour le travail accompli.

Je suggère que B.M. _____ (réd. : B.M. _____, femme de l'intimé) et toi fassiez un bon repas dans un restaurant un de ces jours et que vous fêtiez ce bilan intermédiaire."

Le 1^{er} juillet 2009, la requérante s'est adressée à l'intimé en ces termes :

"Avertissement

A.M. _____,

Je me réfère à ton discours lors de la dernière assemblée ordinaire du 26 juin 2009, où tu declares de ne pas partager les valeurs de l'entreprise (working together ; be responsive ; improve all the time : be honest ; respect your colleague), ni accepter l'organisation en place depuis le 1^{er} janvier 2008. En plus tu as déclaré, comme membre de direction devant tous les actionnaires, que tu te bats depuis 18 mois avec tous tes moyens contre cette organisation.

En effet, tu as fait beaucoup de choses durant 2008 et 2009 pour la création d'une mauvaise ambiance et pour nous faire perdre de l'énergie, des choses qui ne sont pas en ligne avec nos valeurs et tes obligations. Voici quelques exemples :

- Durant plus d'une année tu intrigues contre F. _____ (membre de la direction), tu critiques son travail, tu lui as parlé souvent avec un ton agressif, tu l'as menacée (mobbing?). En plus, tu m'as demandé, sans motif, à plusieurs reprises, son licenciement (→ respect, travail d'équipe).
- Tu contournes la hiérarchie, comme tu l'as fait tout récemment avec ton courriel du 29 juin 2009 aux actionnaires avec de fausses informations. (→ non-respect de la hiérarchie, honnêteté).
- Le 29 juin 2009, quelques jours avant ton voyage prévu en Asie, tu as informé le distributeur par email (annexe) que tu ne peux pas faire ce voyage à cause de raisons «personnelles importantes». Ceci sans attestation médicale et sans discussion préalable avec la Direction.
- Nous avons convenu que toutes les décisions importantes seraient prises par l'équipe de Direction (voir ton cahier de charges). Je constate que parfois tu décides tout seul, comme pour le contrat de recherche pour € 50'000 en février 2009. Souvent tu refuses de soutenir certains projets / décisions comme :
Approfondir le travail sur des essais *in vitro* pour confirmer le concept de nos produits ; développement des produits Bio ; essais stabilité produits... (refus de se conformer à des règles).
- Malgré le fait qu'il y a deux non-fumeurs dans le même bureau que toi, tu as décidé de fumer la pipe tous les jours jusqu'à mon avertissement oral début juin 2009. (→ respect, droit de travail, santé / bien-être des collègues).

Par la présente, je t'informe que je ne peux plus tolérer ta conduite et je t'adresse un avertissement.

Je te rends attentif au fait que, en cas de nouvelle violation de tes obligations découlant de tes obligations (sic) comme directeur technique d'E. _____ SA, laquelle ne se limite pas uniquement à la répétition du comportement en cause évoqué ci-dessus, je serais dans l'obligation de résilier le contrat qui nous lie, le cas échéant avec effet immédiat.

Le soussigné te prie instamment de respecter les règles et de travailler à l'avenir avec l'équipe de direction pour le mieux de notre entreprise."

L'intimé a contesté ces reproches dans une correspondance du 9 juillet 2009, dont la teneur était notamment la suivante :

"Q. _____,

Après ta lettre manuscrite datée début juin 09 et timbrée le 9 Juin 2009 dans laquelle tu me remerciais pour le dur et bon travail effectué (voir annexe 1) et tu soulignais cela en y ajoutant 500.- CHF je suis étonné de recevoir cet «avertissement» moins d'un mois après.

Néanmoins, je vais essayer de te répondre le mieux possible et cela, point par point.

1) Les prises de position que j'ai eues à l'assemblée des actionnaires du 26 juin 2009 regardent exclusivement ma position d'actionnaire. Comme tout actionnaire, c'est mon droit de m'exprimer et de faire valoir mes idées, qu'elles plaisent ou non aux autres actionnaires. (...) Mes prises de position comme actionnaire ne sont en rien liées à mon rôle d'employé et Directeur Technique d'E. _____ SA et donc ne peuvent pas m'être imputées dans cette fonction.

(...)

3) Je pense que tu portes les mêmes responsabilités que moi dans la situation tendue qui s'était installée entre F. _____ et moi en 2008 et jusqu'à mi Juin 2009. Les faits : fin 2007 début 2008 on discute, dans la Direction, sur l'opportunité de donner plus de responsabilités à F. _____ et on arrive à un accord commun (voir annexes à ta lettre d'avertissement). A ma connaissance on n'a jamais ni discuté ni mis à protocole un changement de la «reporting person» (the Food Direction Manager) pour elle (voir son contrat de travail du printemps 2007). En mars 2008 tu signes un nouveau contrat avec elle dans lequel je ne suis plus son direct supérieur et tu ne m'informes pas de ce changement (je vais le découvrir le vendredi 12 Juin 2009). Ce nouveau contrat est en claire et manifeste contradiction avec mon contrat de Juillet 2006 (voir annexe 2) qui n'a jamais été résilié et donc est valable. Je suis persuadé que cette méconnaissance réciproque des conditions d'emploi de l'autre, et dont ni F. _____ ni moi pouvons être considérés comme responsables, soit à la base des problèmes subséquents (critique, ton agressif, menaces...). Sans vouloir me soustraire à mes responsabilités, je te prie de considérer aussi les tiennes. Comme je t'en ai informé le jour même, le 22 Juin 2009 il y a eu une rencontre clarificatrice entre F. _____ et moi.

4) J'ai «contourné» la hiérarchie et je me suis formellement excusé (voir annexe 3). Par contre les informations de mon courriel du 29 Juin 2009 étaient correctes.

5) En effet, le jour ou j'ai informé notre distributeur asiatique de mon impossibilité de faire les visites prévues je n'étais pas encore en possession d'un certificat médical vu que le rendez- vous avec le médecin était pour le jour suivant. Je l'ai fait de bonne foi afin de lui faire gagner un jour, mais c'est juste et j'accepte la critique : cela ne va plus se reproduire.

(...)

7) Pour ce qui regarde tes critiques sur le fait que je soutienne ou pas certains projets, elles sont rien d'autre que le résultat de ma formation et expérience trentenaire dans les domaines de la recherche de base et appliquée, de la nutrition, de l'utilisation d'additifs, en particulier de « [...]» dans la nutrition animale. Aussi bien que de mes expériences, partout dans

le monde, comme conseiller technique auprès d'universités, distributeurs et clients, etc. (voir annexe 4). De ce point de vue je pense être, dans l'équipe de Direction, la personne avec le plus d'expérience pour juger si un projet technique a des chances de succès ou pas. Je trouve assez étrange que tu considères cela un défaut.

(...)

8) Pendant un an et plus, j'ai fumé à la fenêtre de nos bureaux et je n'ai pas eu de remarques ni de toi ni de F._____. Le jour où tu m'as dit que tu trouvais ça mauvais (respect, droit du travail, santé et bien-être des collègues) j'ai arrêté. Où est la faute?

(...)

Sur la base des arguments détaillés ci-dessus je te demande de retirer, sans conditions, ton «avertissement» que je trouve immotivé et injustifié. En cas contraire je me réserve le soin de faire valoir mes droits."

La requérante est restée sur ses positions et a confirmé son avertissement dans une lettre du 21 juillet 2009.

F._____ est employée de la requérante comme responsable de la production, en particulier de la qualité ; elle est en outre actionnaire de la société, à hauteur de 2,5 ou 3%, ainsi que, depuis 2007, membre de la direction. Entendue en qualité de témoin, sur réquisition de la requérante, elle a qualifié de normale sa relation professionnelle avec l'intimé, tout en relevant qu'il y a eu parfois des tensions entre eux ; elle a en particulier souffert de la fumée passive. L'avertissement du 1^{er} juillet 2009 était, selon elle, justifié par le comportement de l'intimé, qui avait de la peine à accepter le rôle de chacun dans l'entreprise. Depuis 2009, l'intimé a changé de comportement, du moins à l'égard de sa collègue, et leurs relations se sont améliorées. Des tensions ont cependant subsisté lorsque l'intimé, Q._____ et le témoin étaient réunis. F._____ a l'impression que l'intimé ne voulait pas toujours, et même rarement, aller dans la même direction que les deux autres protagonistes, sans toutefois le dire ouvertement. Il fallait alors rechercher une solution intermédiaire qui puisse être suivie par les trois ; bref, la collaboration n'était pas franche et directe.

Pour ce qui est de la relation entre l'intimé et Q._____, la tension est restée vive même après 2009. Selon le témoin F._____, il y avait entre eux un dialogue de sourds et un jeu de pouvoir qui n'étaient

pas propices à la bonne marche de la société ; en tout cas, ils ne se faisaient plus confiance. Tout en estimant ne pas avoir la distance suffisante pour apprécier leurs responsabilités respectives, le témoin a eu l'impression que ce jeu de pouvoir était surtout du côté de l'intimé. Celui-ci faisait en outre preuve d'une certaine réticence, en ce sens qu'il ne voulait pas spontanément partager les informations, du moins dans son domaine de compétence (la recherche).

3. Dans un "amendement du contrat de travail" du 7 novembre 2011, les parties sont convenues de réduire à 9'000 fr. le salaire mensuel brut de l'intimé, pour la période de mars à octobre 2011. Il a été prévu notamment que cette baisse de salaire serait compensée sous forme de bonus/gratification dès que le résultat de la société serait positif et que ses liquidités le permettraient.

Le 30 août 2012, la requérante, sous la signature de Q._____, a envoyé à l'intimé la lettre recommandée suivante :

"Licenciement et proposition d'un nouveau contrat

A.M._____,

Je me réfère à mon courrier du 1^{er} juillet 2009. Dans cet avertissement je t'ai rendu attentif aux conséquences pouvant résulter pour toi.

Depuis, tu n'as pas vraiment changé tes habitudes au sein de l'entreprise. Le climat de travail est souvent très mauvais et tu continues à avoir des difficultés à respecter l'organisation d'E._____ SA et les collègues de travail.

Je ne vais pas décrire en détails les problèmes, mais je n'accepte plus ces guerres psychologiques et ces insultes comme tu les as pratiquées p.e. lors des réunions de direction (datées du 13 septembre, 14 novembre et 23 décembre 2011). Malgré la discussion personnelle directement après la réunion, tu as refusé d'accepter toutes les remarques de ma part... En plus, tu as refusé, malgré notre accord, de prendre position à ce propos par écrit, ce que j'interprète comme refus de travail.

Malheureusement, un manque de confiance est la conséquence de ton attitude.

En plus, lors de notre réunion du 27 juin 2012 et diverses réunions de direction j'ai exposé les difficultés financières rencontrées par E._____ SA.

Par conséquent, je te signifie ton licenciement. Selon ton contrat de travail signé le 8 août 2006, nos relations de travail cesseront au plus tard le 31 août 2013.

A condition que tu respectes à l'avenir les points mentionnés ci-dessous, E. _____ SA t'offre un nouveau contrat de travail avec des conditions modifiées (voir annexe).

- changer tes attitudes et partager les valeurs d'entreprise (esprit d'équipe)
- exécuter le travail exigé
- respecter l'organisation

Concernant ce nouveau contrat valable à partir du 1^{er} septembre 2013, je te demande de me faire part de ta décision par écrit. (...)"

Le nouveau contrat de travail joint à cette lettre prévoyait notamment un salaire mensuel fixe de 10'000 fr. (brut) et un bonus maximal de 2'000 fr. par mois, payable en décembre de chaque année et dépendant de la performance personnelle et de l'attitude de l'employé, telles que jugées par son "manager".

L'intimé a formé opposition au congé par lettre du 2 octobre 2012, en contestant les griefs qui lui étaient adressés et en qualifiant d'abusives la résiliation du contrat, au motif que la requérante voulait lui imposer des conditions de travail moins favorables et non justifiées par la situation économique de l'entreprise.

Le 15 octobre 2012, la requérante a maintenu sa position. L'intimé a fait de même dans une correspondance du 6 novembre 2012.

Par lettre de son conseil du 2 mai 2013, la requérante a libéré l'intimé de son obligation de travailler avec effet immédiat.

4. Dans le courant du mois de juin 2013, la requérante a appris par certains clients que l'intimé préparait la mise en place d'une activité directement concurrente à la sienne. En association avec K. _____, autre employé de la requérante, il envisageait de créer sous le nom de Z. _____ une société dans le domaine du consulting. Ce nom de domaine a été réservé en date du 2 mai 2013.

Le 12 juillet 2013, par son conseil, la requérante a signifié à l'intimé son licenciement avec effet immédiat au sens de l'article 337 CO ; en bref, elle lui a reproché d'avoir préparé une activité concurrentielle, d'avoir pris contact à cette fin avec certains de ses clients et fournisseurs, et d'avoir divulgué à des tiers des informations confidentielles.

K._____ a été licencié le 24 juillet 2013, avec effet immédiat.

Interrogé à l'audience sur Z._____ et son activité future, l'intimé a déclaré que la création de cette société, dont les associés pourraient être lui-même, K._____ et une tierce personne, était prévue vers la fin 2013. L'idée de fonder Z._____ avec K._____ lui est venue en mai ou juin 2013. Avant de se lancer dans ce projet, il a consulté un professionnel du droit au sujet de la validité de la prohibition de concurrence le liant à la requérante, sans toutefois obtenir de celui-ci un avis catégorique. Z._____ aurait pour but le conseil dans le secteur informatique, médical et celui de la nutrition ; dans son activité, elle s'adresserait en particulier à des clients dans le domaine des producteurs d'alimentation animale, dont certains peuvent être des clients de la requérante dès lors que les besoins que visent à satisfaire les deux sociétés sont semblables.

L'intimé admet avoir eu des contacts avec la majorité des entreprises suisses actives dans son domaine de compétence, que ce soit en vue d'une collaboration à titre personnel ou avec Z._____. De tels contacts ont aussi été pris avec les sociétés G._____, R._____, [...], [...] et U._____ ; aucun contrat n'a encore été conclu avec l'une ou l'autre d'entre elles.

G._____ est une société sise en Italie qui s'occupe de la transformation des produits de la requérante en vue de leur commercialisation. Un contrat d'exclusivité existe entre les deux sociétés depuis 2007 ; G._____ dispose en outre d'un brevet sur un produit (" [...]") fabriqué par la requérante et représentant pour elle une importance considérable. Le 11 juin 2013, G._____ a mis fin à la convention

d'exclusivité pour le 31 décembre 2013, sans donner d'explications. L'intimé n'a pas été dénommé directement, mais selon ce que le témoin F._____ a compris, G._____ voulait continuer à travailler avec lui personnellement.

Depuis 2012, la requérante est en pourparlers avec la société italienne R._____, un client potentiel pour un de ses produits (" [...]"). Après avoir fait des tests positifs avec ce produit, sous la supervision de l'intimé et de K._____, R._____ s'est montrée intéressée et a voulu rencontrer ceux-ci. K._____ a par la suite informé la requérante que la négociation avec R._____ n'aboutissait pas. Selon la requérante, l'intimé et K._____ auraient débauché R._____ en vue de leur activité future; en outre, ils auraient usurpé son produit en le faisant passer pour un produit de leur fabrication.

La société U._____, basée en France, est le troisième plus gros client de la requérante; les ventes à cette société représenteraient environ 12 à 15% de sa marge brute globale (de l'ordre de 1,2 million d'euros selon le témoin F._____). Par courriel du 27 juin 2013, dont une copie a été adressée à l'intimé sur son adresse de messagerie professionnelle, U._____ a informé la requérante qu'elle pourrait mettre un terme à leur collaboration, en évoquant notamment le conflit entre l'intimé et Q._____. Le fait que l'intimé a rapidement répondu à ce courriel, lors même qu'il n'avait plus accès à sa messagerie professionnelle, démontre selon la requérante qu'il avait des contacts privés avec U._____ et qu'il n'est pas étranger à la décision prise par celle-ci. Pour le témoin F._____, qui a compris que la collaboration avec U._____ s'arrêterait à fin 2013, la perte de ce client dès janvier 2014 peut être évaluée à quelque 250'000 euros de chiffre d'affaires.

D'après Q._____, si la requérante devait perdre ses clients en Italie, notamment G._____ et R._____, en plus d'U._____ en France, sa marge brute diminuerait d'environ 50%.

5. Par requête de mesures provisionnelles déposée le 24 juillet 2013 contre A.M._____, E._____ SA a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce qu'il plaise au Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale :

- "1. Déclarer la présente requête recevable et bien fondée.
2. Partant, sommer l'intimé de cesser immédiatement toute activité concurrente à E._____ SA, en particulier de prendre contact avec ses clients / fournisseurs / partenaires potentiels ou actuels.
3. Sommer l'intimé d'interrompre immédiatement toute démarche visant à la création de la société Z._____ et/ou de toute autre entité juridique dont le but est similaire à celui d'E._____ SA.
4. Assortir le non-respect de la décision que rendra votre Autorité à une amende au sens de l'art. 292 CP."

Dans ses déterminations du 7 août 2013, l'intimé a conclu au rejet de la requête, avec dépens.

Lors de l'audience de mesures provisionnelles du 8 août 2013, la requérante a pris une nouvelle conclusion 2a, ainsi libellée : "Communiquer le jugement de cessation aux sociétés suivantes : G._____, R._____, U._____, [...], [...], [...], [...] et [...]". L'intimé a conclu au rejet de cette conclusion, dans la mesure de sa recevabilité.

En droit :

1. L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile du 19 novembre 2008, RS 272]), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). Les ordonnances de mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 248 let. d CPC, le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours

(art. 314 al. 1 CPC). Un membre de la Cour d'appel civile statue comme juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979, RSV 173.01]). Le tribunal établit les faits d'office, mais la preuve est essentiellement rapportée par titres (art. 254 CPC).

Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt et portant sur des conclusions, qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr., le présent appel est recevable.

2. a) L'appelant ne saurait – sous peine d'irrecevabilité – se limiter à conclure à l'annulation de la décision attaquée, l'appel ordinaire ayant un effet réformatoire et doit au contraire prendre des conclusions au fond permettant à l'instance d'appel de statuer à nouveau (Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, n. 4 ad art. 311 CPC; Reetz/Theiler, ZPO-Kommentar, 2^{ème} éd., Bâle 2013, n. 34 ad art. 311 CPC).

b) En l'espèce, l'appelante a principalement conclu, sous chiffre II de son appel, à l'annulation de l'ordonnance entreprise. La recevabilité de l'appel est donc douteuse. Toutefois, elle a pris une conclusion III confirmant les conclusions de sa requête de mesures provisionnelles déposée en première instance, conclusion qui pourrait être suffisante. Néanmoins, la question de la recevabilité peut rester ouverte dès lors que l'appel doit être rejeté pour les motifs exposés ci-après.

3. En préambule, l'appelante relève que le premier juge aurait tardé à prendre sa décision. Quand bien même elle ne formule aucun moyen sur ce point, on relèvera que cette critique est infondée. La requête de mesures provisionnelles a été déposée le 24 juillet 2013 et l'audience s'est tenue le 8 août 2013. La décision a été rendue sous forme de dispositif le 22 août 2013 et la motivation a été communiquée aux parties le 11 octobre 2013. Compte tenu de la complexité de ce genre d'affaires, on ne discerne aucun temps mort dans la manière dont le premier juge a traité le dossier. La remarque de l'appelante n'est donc pas justifiée.

4. a) Dans un premier moyen, l'appelante se prévaut d'une appréciation erronée des faits s'agissant des motifs de licenciement de l'intimé retenus par le premier juge.

b) L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 134, spéc. 135). Le large pouvoir d'examen ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JT 2011 III 43 c. 2). Selon l'art. 316 al. 1 et 3 CPC, l'instance d'appel peut statuer sur pièces et peut administrer des preuves.

L'art. 316 al. 3 CPC ne confère pas à l'appelant un droit à la réouverture de la procédure probatoire et à l'administration des preuves. L'instance d'appel peut rejeter la requête de réouverture de la procédure probatoire et d'administration d'un moyen de preuve déterminé si l'appelant n'a pas suffisamment motivé sa critique de la constatation de fait retenue par la décision attaquée. Elle peut également refuser une mesure probatoire en procédant à une appréciation anticipée des preuves, lorsqu'elle estime que le moyen de preuve requis ne pourrait pas fournir la preuve attendue ou ne pourrait en aucun cas prévaloir sur les autres moyens de preuve déjà administrés par le tribunal de première instance, à savoir lorsqu'il ne serait pas de nature à modifier le résultat des preuves qu'elle tient pour acquis (ATF 131 III 222 c. 4.3; ATF 129 III 18 c. 2.6). Elle peut aussi refuser d'administrer un moyen de preuve régulièrement offert en première instance lorsque la partie a renoncé à son administration, notamment en ne s'opposant pas à la clôture de la procédure probatoire (ATF 138 III 374 c. 4.3.1).

c) En l'espèce, l'appelante rediscute les faits retenus par le premier juge et les présente sous un angle favorable à sa cause. Pour ce qui concerne les généralités, il n'y a pas lieu de s'écarter de l'état de fait

retenu par le premier juge, l'appelante ne démontrant pas que celui-ci aurait fait une "constatation inexacte" des faits.

L'appelante revient également sur le témoignage de F._____, dont elle fait une lecture différente. Toutefois, d'une part, on ne voit pas en quoi le premier juge aurait fait une appréciation inexacte de ce témoignage et, d'autre part, ce témoin est membre de la direction de l'appelante et également actionnaire de celle-ci, de sorte qu'il y a lieu de faire preuve d'une certaine retenue dans l'appréciation de ses déclarations.

Par conséquent, le moyen doit être rejeté.

5. a) Dans un second moyen, l'appelante se plaint, dans le cadre des faits et de la pesée des intérêts, d'une violation de l'art. 340b al. 3 CO, mais aussi d'une violation du droit concernant la validité de la clause.

b) Comme l'a rappelé le premier juge à juste titre, 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 de mesures provisionnelles apparaît vraisemblable *prima facie* (TF 4P.222/2006 du 21 décembre 2006 c. 2; ATF 108 II 69 c. 2a et les réf. citées; JT 1982 I 528; Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, 3^{ème} éd., Lausanne 2002, n. 1 ad art. 101 CPC-VD et les réf. 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 réf. citées; ATF 108 II 69 c. 2a, 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 108 Ia 408 c. 4; ATF 99 II 344 c. 2b, 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. 1741 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 réf. 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, JT 1982 I 528 et les réf. citées; 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 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; Favre/Munoz/Tobler, Le contrat de travail, Code annoté, 2^{ème} éd., Lausanne 2010, n. 3.4 ad art. 340b CO).

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; Hohl, Procédure civile, op. cit., 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 complète. En outre, il doit procéder à un examen approfondi du fondement de la cause (Hohl, Procédure civile, op. cit., 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 (JICCIV du 9 novembre 2009/161 et les réf. 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; JICCIV du 9 novembre 2009/161 et les réf. citées).

En résumé, plus les mesures provisionnelles sont susceptibles de porter atteinte à la situation du travailleur, 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).

c) La requérante se prévaut de la clause de non-concurrence contenue dans le contrat. Elle doit donc rendre hautement vraisemblable une prétention au fond, en l'occurrence le droit à la cessation de la contravention à la clause de prohibition de faire concurrence.

Aux termes de l'art. 340b al. 3 CO, 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 (Tercier/Favre/Eigenmann, Les contrats spéciaux, 4^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle 2009, nn. 3855 à 3857, p. 575; Cotti, Das vertragliche Konkurrenzverbot, thèse, Fribourg 2001, p. 281).

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). En l'espèce, la clause est valable, ce qui n'est contesté par aucune des parties.

Toutefois, 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 (JICCV du 30 mars 2005/55/PMR c. III.b; Wyler, Droit du travail, 2^{ème} éd., Berne 2008, pp. 612 à 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).

d) Selon l'art. 340c al. 2 CO, l'interdiction de concurrence cesse lorsque l'employeur résilie le contrat sans que le travailleur lui ait donné un motif justifié. Il sied de ne pas confondre le motif justifié tel que l'entend cette norme avec le juste motif envisagé par l'art. 337 CO. Un motif peut parfaitement justifier une résiliation au sens de l'art. 340c al. 2 CO sans constituer pour autant un motif de résiliation avec effet immédiat (ATF 130 III 353 c. 2.2.1, JT 2005 I 12 et l'arrêt cité). Ce sont les circonstances concrètes qui sont déterminantes (ATF 130 III 353 c. 2.2.2, JT 2005 I 12). Est considéré comme juste motif, au sens de l'art. 340c al. 2 CO, tout événement imputable à l'autre partie qui, selon les considérations commerciales raisonnables, peut donner une raison suffisante pour un licenciement ou une résiliation.

e) S'agissant d'abord de l'application de l'art. 340c al. 2 CO, le premier juge a constaté à juste titre que l'appelante avait résilié le contrat de travail ordinairement, puis avec effet immédiat. En procédant de la sorte, elle a donc pris le risque de faire tomber la clause de prohibition de concurrence et elle doit également supporter le fardeau de la preuve.

Dans le cas présent, l'appelante reproche à l'intimé des comportements lors de réunions en 2011, alors que la résiliation de son contrat de travail est intervenue le 30 août 2012. Comme cela ressort des auditions protocolées devant le premier juge, il y avait d'abord un conflit de personnes entre Q._____ et l'intimé, soit entre les cofondateurs et actionnaires principaux. Comme on l'a vu également, le témoignage de F._____, qui impute une responsabilité prépondérante à l'intimé dans le cadre de ce conflit, ne suffit pas à établir de manière suffisamment probante les reproches adressés par l'appelante à l'intimé. Ce conflit de personnes nécessite une instruction plus complète que celle qui peut être menée dans le cadre des mesures provisionnelles. Ainsi, à ce stade de la procédure, on ne saurait retenir une autre appréciation que celle du premier juge sur ce point.

Au surplus, l'appelante devait apporter un haut degré de vraisemblance quant au rapport de causalité entre la résiliation et le motif justifié imputable à l'intimé. Elle soutient que le licenciement de l'intimé est imputable à ce dernier en raison de ses nombreux manquements, tant s'agissant de ses obligations contractuelles, du respect de l'organisation de l'entreprise et de la hiérarchie ou encore de la violation de l'interdiction de fumer. L'appelante se réfère en cela à deux auteurs : Carruzzo explique notamment que la clause de non-concurrence cesse lorsque l'employeur résilie le contrat en raison de la survenance d'un risque dont il doit répondre et la clause subsiste lorsqu'il y a un manquement du travailleur à ses obligations contractuelles. Elle subsiste également lorsque les torts sont partagés (Carruzzo, *Le contrat individuel de travail*, Bâle 2009, n. 2, p. 607). Duc et Subilia précisent quant à eux que lorsqu'il y a concours de motifs susceptibles de justifier la résiliation, c'est le plus grave qui fera pencher la balance et la clause cessera si la résiliation est imputable surtout à l'employeur (Duc/Subilia, *Droit du travail*, Lausanne 2010, n. 17 ad art. 340c CO, p. 735). Toutefois, comme le premier juge l'a rappelé, le critère tiré de la faute prépondérante de l'employé n'est pas pertinent dans le cas présent puisque seule l'appelante, soit l'employeur, a résilié le contrat. Elle doit donc supporter le fardeau de la preuve et n'a pas pu

l'apporter à satisfaction en raison des motifs exposés dans la décision attaquée et revus plus haut.

f) Enfin, seul reste à examiner l'argument de l'appelante tiré de la constatation inexacte des faits et d'une fausse pesée des intérêts.

L'appelante explique que l'intimé avait certainement "effectué un certain nombre de démarches en vue de la création de cette société bien avant la libération de son obligation de travailler". Les faits relevés à cet égard par le premier juge sont pertinents. La réservation du nom de domaine de la nouvelle société de l'intimé a été faite le 2 mai 2013, soit le jour où il a été libéré de son obligation de travailler, mais pas avant. Quant au courriel envoyé le 20 mai 2013 par l'associé de l'intimé à un client, on ne voit pas pourquoi cette démarche n'aurait pas pu être réfléchie et mise sur pied entre le 2 et le 20 mai 2013. L'appelante s'appuie uniquement sur des spéculations et non sur des faits et elle n'apporte aucun élément probant à l'appui de ses assertions.

L'appelante soutient encore que la peine conventionnelle prévue ne suffirait en tous cas pas à l'indemniser pour le préjudice causé par la violation de la clause et que seule une interdiction serait efficace. Toutefois, l'appelante s'appuie à nouveau sur des hypothèses en relation avec le préjudice qu'elle pourrait subir. Sur ce point, elle ne fait encore une fois que spéculer et ne rend absolument pas vraisemblable qu'elle subit un dommage "considérable et difficilement réparable".

Enfin, l'appelante prétend que le fait de rejeter sa requête reviendrait à rendre lettre morte la clause contractuelle. Néanmoins, comme on l'a vu précédemment, l'application à titre provisoire d'une telle interdiction de faire concurrence repose sur l'existence de conditions précises et strictes, conditions qui ne sont pas remplies en l'espèce.

En conclusion, le moyen doit être rejeté.

6. a) Pour terminer, l'appelante fait valoir que le premier juge n'a pas examiné le moyen tiré d'une violation de la LCD, tout particulièrement en relation avec son article 2.

b) Aux termes de l'art. 2 LCD, est déloyal et illicite tout comportement ou pratique 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 par la liste d'exemples figurant aux art. 3 à 8 LCD (ATF 131 III 384 c. 3, JT 2005 I 434; TF 4C.431/2004 du 2 mars 2005 c. 2; Troller, Précis du droit suisse des bien immatériels, 2^{ème} éd., Bâle 2006, p. 349). Il n'est pas nécessaire de faire appel à la clause générale si le comportement reproché tombe sous le coup de l'une des dispositions spéciales précitées (TF 4A_371/2010 c. 8.1; ATF 133 III 384 c. 3, JT 2005 I 434), raison pour laquelle il convient de commencer par examiner l'applicabilité de ces dernières (ATF 131 III 384 c. 3, JT 2005 I 434; TF 4C.431/2004 du 2 mars 2005 c. 2; ATF 122 III 469 c. 8, SJ 1997 I 129). Toutefois, il faut garder à l'esprit que l'énumération des clauses spéciales n'est pas exhaustive, de sorte qu'il est possible qu'un agissement qui n'entre pas dans les prévisions des art. 3 à 8 LCD soit tout de même constitutif de concurrence déloyale en application de l'art. 2 LCD (ATF 131 III 384 c. 3, JT 2005 I 434; TF 4C.431/2004 du 2 mars 2005 c. 2; ATF 122 III 469 c. 8, SJ 1997 I 129; ATF 116 II 365 c. 3b, JT 1991 I 613; Troller, op. cit., p. 346). Il ressort de cette disposition que pour être illicite, un comportement ou une pratique doit être objectivement propre à influencer sur les rapports entre concurrents ou le fonctionnement du marché (ATF 126 III 198 c. 2, SJ 2000 I 337; Troller, op. cit., p. 346). Autrement dit, il doit être objectivement de nature à avantager ou désavantager une entreprise dans sa lutte pour acquérir de la clientèle, ou à accroître ou diminuer ses parts de marché (ATF 126 III 198 c. 2, SJ 2000 I 337; ATF 120 II 76 c. 3, JT 1994 I 365). Il n'est en revanche pas nécessaire que l'auteur ait l'intention d'influencer l'activité économique (*ibidem*); 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 c. 5, JT 1984 I 295).

c) Au vu de ce qui précède, et pour que la LCD trouve application en l'espèce, il aurait fallu que l'appelante démontre avec une vraisemblance suffisante l'existence d'actes de concurrence déloyale qui influenceraient le fonctionnement du marché, ce qu'elle a toutefois échoué à faire. En particulier, il n'existe à ce stade aucun élément attestant d'une diminution du chiffre d'affaires de l'appelante ainsi que de résiliations de contrats la liant à ses clients, cela en raison des agissements de l'intimé. Il n'apparaît pas non plus que celui-ci se serait livré à des actes spécialement réprimés par la loi en question.

Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire de procéder à un examen plus détaillé de l'existence d'une violation des prescriptions de la LCD.

Le moyen est donc infondé.

7. a) Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté en application de l'art. 312 al. 1 in fine CPC.

b) Les frais judiciaires de deuxième instance sont arrêtés à 800 fr. (art. 65 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, RSV 270.11.5]) et mis à la charge de l'appelante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

c) Il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens, l'intimé n'ayant pas été invité à se déterminer.

Par ces motifs,
le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
en application de l'art. 312 al. 1 CPC,
p r o n o n c e :

- I. L'appel est rejeté.
- II. L'ordonnance est confirmée.
- III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 800 fr. (huit cents francs), sont mis à la charge de l'appelante E. _____ SA.
- IV. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du 19 décembre 2013

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Christian Giaouque (pour E. _____ SA),
- Me Olivier Subilia (pour A.M. _____).

Le juge délégué de la Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 15'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 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. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale.

La greffière :