

**COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 24 septembre 2015

---

Composition : M. ABRECHT, juge délégué  
Greffier : M. Tinguely

\*\*\*\*\*

**Art. 261 CPC et 292 CP**

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **E.\_\_\_\_\_SA**, à [...], **A.\_\_\_\_\_SA**, à [...], **B.\_\_\_\_\_**, à [...], **V.\_\_\_\_\_**, à [...], et **Z.\_\_\_\_\_**, à [...], intimés, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 9 mars 2015 par le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale dans la cause divisant les appelants d'avec **W.\_\_\_\_\_SA**, à [...], et **C.\_\_\_\_\_SA**, à [...], requérantes, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

**En fait :**

**A.** Par ordonnance de mesures provisionnelles du 9 mars 2015, le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale a interdit à E.\_\_\_\_\_SA et I.\_\_\_\_\_SA de faire usage de toute information relative à C.\_\_\_\_\_SA ou en lien avec celle-ci, sous commination de la peine d'amende prévue pour insoumission à une décision d'autorité au sens de l'art. 292 CP (I), interdit à E.\_\_\_\_\_SA et I.\_\_\_\_\_SA de communiquer à toute personne physique ou morale toute information relative à C.\_\_\_\_\_SA ou en lien avec celle-ci, sous commination de la peine d'amende prévue pour insoumission à une décision d'autorité au sens de l'art. 292 CP (II), interdit à B.\_\_\_\_\_, Z.\_\_\_\_\_ et V.\_\_\_\_\_ de communiquer à toute personne physique ou morale toute information relative à C.\_\_\_\_\_SA ou en lien avec celle-ci, sous commination de la peine d'amende prévue pour insoumission à une décision d'autorité au sens de l'art. 292 CP (III), imparti aux requérantes un délai échéant le 30 juin 2015 pour faire valoir son droit en justice (IV), rejeté en l'état toutes autres ou plus amples conclusions (V), statué sur les frais judiciaires (VI et VII) et déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire, sous réserve de l'octroi de l'effet suspensif à un appel, et dit qu'elle restera en vigueur jusqu'à droit connu sur le fond du litige (VIII).

En droit, le premier juge a considéré qu'en signant une convention de confidentialité, les intimés s'étaient engagés à ne pas faire usage de quelque manière que ce soit des informations confidentielles délivrées dans le cadre de pourparlers transactionnels, de sorte qu'à ce stade, les requérantes étaient légitimées, sous l'angle de la vraisemblance, à interdire la communication des faits confidentiels transmis. Pour le premier juge, bien qu'il ne fût pas encore possible d'évaluer le montant exact du dommage qu'éprouveraient les requérantes en cas de communication des faits confidentiels, le service proposé par I.\_\_\_\_\_SA était susceptible de conduire, au stade de la vraisemblance, à une dévalorisation du produit initialement développé par C.\_\_\_\_\_SA, les requérantes courant ainsi le risque d'une dépréciation de leurs services.

Le premier juge a considéré qu'il se justifiait dès lors de considérer que l'atteinte à la prétention dont les requérantes étaient titulaires serait difficilement réparable et que celles-ci étaient en conséquence en droit de requérir des mesures provisionnelles en vue d'éviter l'usage et la communication de toute information par les intimés relative à C.\_\_\_\_\_SA. En revanche, il ne se justifiait pas en l'état, compte tenu de la teneur de la convention de confidentialité, de faire droit aux conclusions des requérantes tendant à l'interdiction de toute activité concurrente de la part des intimés ainsi qu'à celles impliquant une ingérence dans l'administration des sociétés intimées.

**B.**            **a)** Par acte du 20 juillet 2015, E.\_\_\_\_\_SA, A.\_\_\_\_\_SA, B.\_\_\_\_\_, V.\_\_\_\_\_ et Z.\_\_\_\_\_ ont interjeté appel contre cette ordonnance, prenant les conclusions suivantes :

« Préalablement

1. Déclare recevable le présent appel.

Principalement

2. Annule l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue en date du 9 mars 2015 par le juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale dans la cause [...].

Et statuant à nouveau

3. Dite et constate que C.\_\_\_\_\_SA ne dispose pas de la légitimation active.

4. Rejette la requête de mesures provisionnelles du 2 février 2015 de C.\_\_\_\_\_SA.

5. Dite et constate qu'A.\_\_\_\_\_SA et Messieurs B.\_\_\_\_\_, V.\_\_\_\_\_ et Z.\_\_\_\_\_ ne disposent pas de la légitimation passive.

6. Rejette la requête de mesures provisionnelles du 2 février 2015 à l'encontre d'A.\_\_\_\_\_SA et Messieurs B.\_\_\_\_\_, V.\_\_\_\_\_ et Z.\_\_\_\_\_.

7. Rejette la requête de mesures provisionnelles du 2 février 2015.

Subsidiairement

8. Fasse interdiction à E.\_\_\_\_\_SA de faire usage de toute information confidentielle, relative à C.\_\_\_\_\_SA et obtenue de W.\_\_\_\_\_SA sous couvert du contrat de confidentialité du 25 mai 2012.

9. Fasse interdiction à E.\_\_\_\_\_SA de communiquer à quiconque, exception faite de ceux de ses employés (y

compris les employés de ses sociétés affiliées) qui ont besoin de connaître, ainsi que de ses conseillers, toute information confidentielle relative à C.\_\_\_\_\_SA et obtenue de W.\_\_\_\_\_SA sous couvert du contrat de confidentialité du 25 mai 2012. »

Les appelants ont en outre produit un bordereau de pièces.

**b)** Le 26 août 2015, W.\_\_\_\_\_SA et C.\_\_\_\_\_SA se sont déterminées sur l'appel, concluant à son rejet, dans la mesure de sa recevabilité.

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

**1. a)** La requérante C.\_\_\_\_\_SA est une société anonyme dont le siège est à [...] et dont le but inscrit au Registre du commerce est de « fournir des prestations d'assurance, en particulier dans le domaine des garanties de loyer », ainsi que « toute activité y relative ». O.\_\_\_\_\_ en est l'administrateur président avec signature collective à deux. La société est détenue par la requérante W.\_\_\_\_\_SA.

La requérante W.\_\_\_\_\_SA est une société anonyme, dont le siège est à [...] et dont le but inscrit au Registre du commerce est l'acquisition, la possession, l'administration et la réalisation de tout type de participations en Suisse et à l'étranger (traduction libre de l'allemand). O.\_\_\_\_\_ en est également l'administrateur avec signature individuelle.

**b)** L'intimée E.\_\_\_\_\_SA est une société anonyme dont le siège est à [...] et dont le but est l'acquisition, la gestion continue et la cession de participations dans des entreprises nationales et étrangères de toutes sortes ainsi que le financement de filiales (traduction libre de l'allemand). L'intimé B.\_\_\_\_\_ en est le président de la direction et les intimés V.\_\_\_\_\_ et Z.\_\_\_\_\_ en sont des membres de la direction, tous trois disposant de la signature collective à deux.

L'intimée A. \_\_\_\_\_ SA, devenue A. \_\_\_\_\_ SA le 25 mars 2015 ensuite de son rachat par le Groupe E. \_\_\_\_\_ SA, est une société anonyme dont le siège est à [...] et dont le but est notamment le suivant : fourniture de prestations d'assurance de toutes sortes, en particulier dans le domaine des garanties de loyers et de la fourniture de cautions, de cautionnements et d'autres garanties (traduction libre de l'allemand). L'intimé B. \_\_\_\_\_ en est le président du conseil d'administration et les intimés V. \_\_\_\_\_ et Z. \_\_\_\_\_ les administrateurs, tous trois disposant de la signature collective à deux. Sur son site internet, elle se présente comme l'un des principaux acteurs en matière de dépôt de garantie en proposant des cautions pour garanties de loyer dans toute la Suisse.

**2.** Le 25 mai 2012, dans l'optique d'une éventuelle acquisition de la requérante C. \_\_\_\_\_ SA par l'intimée E. \_\_\_\_\_ SA, la requérante W. \_\_\_\_\_ SA, par son administrateur O. \_\_\_\_\_, et l'intimée E. \_\_\_\_\_ SA, par les membres de sa direction et intimés B. \_\_\_\_\_ et V. \_\_\_\_\_, ont conclu un accord de confidentialité (*Confidentiality Agreement*) qui se présentait comme suit :

**3.** Par courriel du 31 mai 2012, O. \_\_\_\_\_ a transmis aux intimés V. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ un document confidentiel de C. \_\_\_\_\_ SA intitulé « C. \_\_\_\_\_ SA - Présentation E. \_\_\_\_\_ SA - Strictement Confidentiel - Document sous NDA [ndlr : *Non-disclosure agreement* ou accord de non-divulgaration] du 25 mai 2012 ».

Le 20 juin 2012, les parties se sont rencontrées dans le cadre de leurs négociations. A cette occasion, des informations, dont la teneur et l'importance ne sont en l'état pas déterminées, ont été communiquées aux représentants de l'intimée E. \_\_\_\_\_ SA.

**4.** Le 12 juillet 2012, l'intimée E. \_\_\_\_\_ SA a adressé à la requérante C. \_\_\_\_\_ SA, dans le cadre d'une offre non contraignante de rachat de C. \_\_\_\_\_ SA, une lettre d'intention (*Letter of Intent*), dont la teneur était la suivante :

« Letter of Intent

Dear Mr. O. \_\_\_\_\_,

As discussed with you in Lausanne we would like to confirm the following key parameters as non-binding offer for 100% of C. \_\_\_\_\_ SA :

1. Based on the information we have we value C. \_\_\_\_\_ SA in a range of CHF 170 Mio to CHF 210 Mio plus excess cash (excluding tax).
2. A due diligence has to confirm all information and assumptions.
3. For E. \_\_\_\_\_ SA an acquisition makes only sense if some of our partner banks agree to support the distribution of C. \_\_\_\_\_ SA products and favour them versus their current escrow accounts. We are currently in the process to explore this possibility.
4. If we get enough support from our banks, we would need detailed financial information in order to prepare a case which can be presented to our board of directors in September 2012 in order to get conceptual approval for the acquisition.
5. Following the board's approval we will conduct the due diligence and prepare a termsheet. We would target to sign the term sheet prior to our December board meeting subject of approval of the board meeting.
6. Contract and closing of the transaction would finally be in Q1 2013.

We hope this procedure leads to a mutually beneficial transaction and are looking forward to working with you along this process.

We kindly ask you to confirm your agreement to this LOI.

[...] »

**5.** Aucune transaction n'a finalement eu lieu entre les requérantes W. \_\_\_\_\_ SA et C. \_\_\_\_\_ SA et l'intimée E. \_\_\_\_\_ SA.

**6.** Dans le courant de l'automne 2014, l'intimée E. \_\_\_\_\_ SA s'est portée acquéreuse de l'intimée I. \_\_\_\_\_ SA. Les intimés B. \_\_\_\_\_, V. \_\_\_\_\_ et Z. \_\_\_\_\_ ont été inscrits en qualité d'administrateurs de l'intimée I. \_\_\_\_\_ SA.

**7.** Par courrier du 30 décembre 2014 adressé à E. \_\_\_\_\_ SA, les requérantes, ayant été informées de cette acquisition, lui ont reproché d'avoir violé la convention du 25 mai 2012 en acquérant une société concurrente, soutenant avoir subi, de ce fait, un dommage d'un montant

de 210 millions de francs. Elles lui ont imparti un délai au 14 janvier 2015 pour s'expliquer et formuler des propositions.

Par télécopie du 7 janvier 2015, l'intimée E. \_\_\_\_\_ SA a contesté la teneur du courrier du 30 décembre 2014 en spécifiant n'avoir obtenu aucune information sensible de la part des requérantes ni n'avoir acquis ou utilisé un quelconque avantage concurrentiel.

**8.** Par requête de mesures provisionnelles et superprovisionnelles du 29 janvier 2015 adressée au Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale, les requérantes W. \_\_\_\_\_ SA et C. \_\_\_\_\_ SA ont pris les conclusions suivantes :

« I. Statuant sur mesures super-provisionnelles et avant audition des parties  
[...]

II. Statuant sur mesures provisionnelles

20. Interdire à E. \_\_\_\_\_ SA de détenir, contrôler, soutenir et/ou développer, directement ou indirectement, en tout ou partie, I. \_\_\_\_\_ SA, sous commination de l'art. 292 CPS.

21. Interdire à E. \_\_\_\_\_ SA de faire usage de toute information relative à C. \_\_\_\_\_ SA ou en lien avec celle-ci, sous commination de l'art. 292 CPS.

22. Interdire à E. \_\_\_\_\_ SA de communiquer à toute personne physique ou morale, y compris mais pas exclusivement I. \_\_\_\_\_ SA, toute information relative à C. \_\_\_\_\_ SA ou en lien avec celle-ci, sous commination de l'art. 292 CPS.

23. Interdire à E. \_\_\_\_\_ SA de commercialiser, soutenir, favoriser tout service, marque, produit dénommé « [...] » ou « [...] », sous commination de l'art. 292 CPS.

24. Interdire à I. \_\_\_\_\_ SA de faire usage de toute information relative à C. \_\_\_\_\_ SA ou en lien avec celle-ci, sous commination de l'art. 292 CPS.

25. Interdire à I. \_\_\_\_\_ SA de communiquer à toute personne physique ou morale toute information relative à C. \_\_\_\_\_ SA ou en lien avec celle-ci, sous commination de l'art. 292 CPS.

26. Inviter I. \_\_\_\_\_ SA à mettre fin à toute relation professionnelle directe ou indirecte avec Messieurs B. \_\_\_\_\_, Z. \_\_\_\_\_ et V. \_\_\_\_\_, sous commination de l'art. 292 CPS.

27. Inviter I. \_\_\_\_\_ SA à mettre fin à toute relation directe ou indirecte avec E. \_\_\_\_\_ SA ou toute société affiliée, sous commination de l'art. 292 CPS.

28. Interdire à I. \_\_\_\_\_ SA de commercialiser, soutenir, favoriser tout service, marque, produit dénommé « [...] » ou « [...] », sous commination de l'art. 292 CPS.

29. Interdire à Messieurs B.\_\_\_\_\_, Z.\_\_\_\_\_ et V.\_\_\_\_\_ de participer de quelque manière au conseil d'administration d'I.\_\_\_\_\_SA, sous commination de l'art. 292 CPS.
30. Interdire à Messieurs B.\_\_\_\_\_, Z.\_\_\_\_\_ et V.\_\_\_\_\_ de participer de quelque manière à la gestion et/ou au développement d'I.\_\_\_\_\_SA, sous commination de l'art. 292 CPS.
31. Interdire à Messieurs B.\_\_\_\_\_, Z.\_\_\_\_\_ et V.\_\_\_\_\_ de communiquer à toute personne physique ou morale toute information relative à C.\_\_\_\_\_SA ou en lien avec celle-ci, sous commination de l'art. 292 CPS.
32. Interdire à Messieurs B.\_\_\_\_\_, Z.\_\_\_\_\_ et V.\_\_\_\_\_ de communiquer à toute personne physique ou morale toute information relative au cautionnement au titre de garantie du loyer, ou en lien avec le cautionnement au titre de garantie du loyer, sous commination de l'art. 292 CPS.
33. Interdire à E.\_\_\_\_\_SA de faire usage de ses droits d'actionnaire d'I.\_\_\_\_\_SA, sous commination de l'art. 292 CPS.
34. Interdire à E.\_\_\_\_\_SA AG de participer directement ou indirectement à toute assemblée générale des actionnaires d'I.\_\_\_\_\_SA, sous commination de l'art. 292 CPS.
35. Condamner E.\_\_\_\_\_SA à inviter tous les administrateurs d'I.\_\_\_\_\_SA liés directement ou indirectement à E.\_\_\_\_\_SA ou au E.\_\_\_\_\_SA à démissionner immédiatement du conseil d'administration d'I.\_\_\_\_\_SA.
36. Condamner E.\_\_\_\_\_SA à céder toute participation, directe ou indirecte, au sein d'I.\_\_\_\_\_SA, à un tiers non lié de quelque manière à elle.
37. Instruire le Préposé au Registre du Commerce de [...], de radier Messieurs B.\_\_\_\_\_, Z.\_\_\_\_\_ et V.\_\_\_\_\_ du conseil d'administration d'I.\_\_\_\_\_SA.
38. Confirmer les mesures ordonnées à titre super-provisionnel.
39. Ordonner toute autre mesure utile permettant d'assurer le respect du contrat de non-concurrence et de confidentialité du 25 mai 2012.
40. Accorder à W.\_\_\_\_\_SA et C.\_\_\_\_\_SA un délai de 3 mois pour valider les mesures accordées.
41. Dire que le délai précité part dès que toutes les mesures ordonnées ont été mises en oeuvre et le cas échéant de la date la plus tardive de mise en oeuvre.
42. Dire que les mesures accordées se poursuivront jusqu'à droit définitivement jugé au fond.
41. Condamner conjointement et solidairement E.\_\_\_\_\_SA, I.\_\_\_\_\_SA, ainsi que Messieurs B.\_\_\_\_\_, Z.\_\_\_\_\_ et V.\_\_\_\_\_ en tous les frais de la procédure. »

Par avis du 3 février 2015, le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale a rejeté la requête de mesures superprovisionnelles.

**9.** Le 27 février 2015, les intimés se sont déterminés sur la requête de mesures provisionnelles, prenant les conclusions suivantes :

« Préalablement

1. Dire et constater que C. \_\_\_\_\_ SA ne dispose pas de la légitimation active.
2. Rejeter la requête de mesures provisionnelles du 2 février 2015 de C. \_\_\_\_\_ SA.
3. Dire et constater qu'I. \_\_\_\_\_ SA et Messieurs B. \_\_\_\_\_, V. \_\_\_\_\_ et Z. \_\_\_\_\_ ne disposent pas de la légitimation passive.
4. Rejeter la requête de mesures provisionnelles du 2 février 2015 à l'encontre d'I. \_\_\_\_\_ SA et Messieurs B. \_\_\_\_\_, V. \_\_\_\_\_ et Z. \_\_\_\_\_.

Principalement

5. Rejeter la requête de mesures provisionnelles du 2 février 2015.

En tout état

6. Débouter W. \_\_\_\_\_ SA et C. \_\_\_\_\_ SA de toutes autres ou contraires conclusions. »

**10.** L'audience de mesures provisionnelles s'est tenue le 4 mars 2015 devant le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale en présence des conseils des parties, les requérantes étant en outre représentées par O. \_\_\_\_\_. Ce dernier a produit diverses pièces qu'il a affirmé être confidentielles et qui auraient été transmises aux intimés à l'occasion des négociations, à savoir les documents intitulés « Rapport de l'organe de révision à l'Assemblée générale sur les comptes annuels 2011 » et « Présentation E. \_\_\_\_\_ SA - Strictement confidentiel - Document sous NDA du 25 mai 2012 » (ci-après dénommée : Présentation E. \_\_\_\_\_ SA).

**En droit :**

**1. a)** L'appel est recevable contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles dans les affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. b et al. 2 CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272]). En l'espèce, il y a lieu d'admettre avec le premier juge que la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr., de sorte que la voie de l'appel est ouverte.

**b)** L'ordonnance querellée a été rendue en application de la procédure sommaire (art. 248 let. d CPC). Par conséquent, l'appel, écrit et motivé, doit être introduit auprès du Juge délégué de la Cour d'appel civile (art. 84 al. 2 LOJV [Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]) dans les dix jours à compter de la notification de la décision (art. 311 al. 1 et 314 al. 1 CPC).

En l'espèce, interjeté en temps utile par une partie qui dispose d'un intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC), l'appel, écrit et motivé, est recevable.

**2. a)** L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance. Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JT 2011 III 43 c. 2 et les références citées).

**b)** Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise, ces deux conditions étant cumulatives. Il appartient à la partie qui s'en prévaut de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte

qu'elle doit indiquer spécialement de tels faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon elle (JT 2011 III 43 c. 2 et les références citées).

En l'espèce, les appelants ont produit en procédure d'appel deux communiqués de presse établis par C.\_\_\_\_\_SA les 5 février 2013 et 7 mai 2015 ainsi que divers extraits de sites internet. Dès lors que les appelants n'exposent pas en quoi ces pièces seraient recevables au regard de l'art. 317 CPC et qu'en particulier, ils n'établissent pas avoir fait preuve de la diligence requise, ces pièces sont irrecevables.

**3. a/aa)** Faisant d'abord valoir une constatation inexacte des faits (art. 310 let. b CPC), les appelants exposent que les intimées n'ont allégué aucune information qui devrait être considérée comme étant confidentielle, ni aucune circonstance qui laisserait prévoir que les appelants seraient en voie d'utiliser ou de divulguer une information confidentielle. Ils contestent en outre que, lors des négociations, il leur aurait été remis le « Rapport de l'organe de révision à l'Assemblée générale sur les comptes annuels 2011 », dont ils affirment avoir reçu copie pour la première fois à l'occasion de l'audience de mesures provisionnelles du 4 mars 2015. Pour les appelants, ce rapport contiendrait au demeurant des informations similaires à celles disponibles sur le site internet de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) et qui ne seraient dès lors pas confidentielles. Ils font également valoir que l'autre document prétendument confidentiel, à savoir la Présentation E.\_\_\_\_\_SA, contient principalement des informations accessibles au public, sur internet notamment, et non des informations confidentielles au sens du *Confidentiality Agreement* conclu le 25 mai 2012. Enfin, les intimées n'auraient pas rendu vraisemblable que des informations ou un savoir-faire obtenu gratuitement dans le cadre de négociations pourraient engendrer, s'ils venaient à être utilisés ou divulgués par les appelants, un préjudice difficilement réparable pour les intimées.

Invoquant ensuite l'existence de violations du droit (art. 310 let. a CPC), les appelants reprochent au premier juge d'avoir analysé la légitimation active de l'intimée C. \_\_\_\_\_ SA et la légitimation passive des appelants I. \_\_\_\_\_ SA, devenue A. \_\_\_\_\_ SA, V. \_\_\_\_\_ et Z. \_\_\_\_\_ sous l'angle de la vraisemblance plutôt qu'avec un plein pouvoir d'examen. Ils font valoir à cet égard que la requête de mesures provisionnelles formée par C. \_\_\_\_\_ SA aurait dû être rejetée faute de légitimation active et déclarée irrecevable en tant qu'elle était dirigée contre I. \_\_\_\_\_ SA, devenue A. \_\_\_\_\_ SA, B. \_\_\_\_\_, V. \_\_\_\_\_ et Z. \_\_\_\_\_, qui ne sont pas parties à l'accord de confidentialité du 25 mai 2012 et qui ne disposent par conséquent pas de la légitimation passive. Ils soutiennent en outre que la rédaction des chiffres I à III du dispositif de l'ordonnance entreprise serait malheureuse en tant qu'elle équivaldrait à une interdiction générale de faire usage ou de communiquer toute information relative à C. \_\_\_\_\_ SA, alors que cette interdiction ne pourrait viser que les informations confidentielles au sens de la première clause (chiffre 1) de l'accord de confidentialité du 25 mai 2012.

**bb)** Quant aux intimées, elles allèguent, invoquant une constatation inexacte des faits (art. 310 let. b CPC), E. \_\_\_\_\_ SA avait valorisé C. \_\_\_\_\_ SA, dans sa lettre d'intention du 12 juillet 2012, à un montant compris entre 170 et 210 millions de francs, hors liquidités. Pour les intimées, il aurait été impossible pour E. \_\_\_\_\_ SA d'effectuer une telle valorisation sans avoir eu accès aux informations permettant de le faire et sans les étudier dans l'optique d'une acquisition. Selon elles, la prise de contrôle par E. \_\_\_\_\_ SA sur I. \_\_\_\_\_ SA ne peut par conséquent pas avoir eu lieu sans une utilisation d'informations et de données confidentielles auxquelles l'acquéreuse a eu accès. Dès lors E. \_\_\_\_\_ SA ignorait tout du marché du cautionnement tel qu'il avait été développé par C. \_\_\_\_\_ SA, ce ne serait qu'au travers de ces informations confidentielles qu'elle a pu en comprendre les enjeux et les règles. Ainsi, l'utilisation par E. \_\_\_\_\_ SA des données confidentielles de C. \_\_\_\_\_ SA réduirait l'avantage concurrentiel de cette dernière à néant. Elles exposent en outre, alors que C. \_\_\_\_\_ SA était la seule entreprise dédiée à la fourniture de garanties par cautionnement sans dépôt bancaire, disposant

de près de vingt-cinq ans d'expérience et de savoir accumulés, qu'elle serait désormais confrontée à un nouveau concurrent qui a eu accès à toutes ses informations confidentielles et adossé à un actionnaire disposant de moyens considérables. Pour les intimées, la dépréciation de C.\_\_\_\_\_SA peut être estimée à un montant compris entre 170 et 210 millions de francs, soit le montant auquel elle avait été valorisée hors liquidités par le groupe E.\_\_\_\_\_SA, alors qu'elle était le leader sur le marché de la garantie de loyer par cautionnement sans dépôt bancaire. L'intimée W.\_\_\_\_\_SA subirait ainsi un préjudice équivalant à la dépréciation de l'intimée C.\_\_\_\_\_SA.

En droit, les intimées soutiennent que, dans la mesure où les parties avaient expressément convenu dans l'accord du 25 mai 2012 que C.\_\_\_\_\_SA avait le droit de demander des mesures provisionnelles pour imposer les obligations de cet accord, les appelants se seraient interdit de contester des mesures provisionnelles qui auraient pour objet d'imposer les droits et obligations de l'accord conclu. Pour le surplus, l'argumentation des intimées consiste à relever qu'en acquérant I.\_\_\_\_\_SA, concurrent direct de C.\_\_\_\_\_SA, en participant au développement d'I.\_\_\_\_\_SA et en autorisant sinon en encourageant les membres de sa direction B.\_\_\_\_\_, V.\_\_\_\_\_ et Z.\_\_\_\_\_ à devenir administrateurs d'I.\_\_\_\_\_SA, E.\_\_\_\_\_SA aurait violé l'accord de confidentialité et de non-concurrence qu'elle a conclu avec W.\_\_\_\_\_SA.

**b/aa)** Aux termes de l'art. 261 al. 1 CPC, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire remplit les conditions suivantes : elle est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (let. a) et cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (let. b). Dans le cadre des mesures provisionnelles, le juge peut donc se limiter à la vraisemblance des faits et à l'examen sommaire du droit, en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles. Un fait ou un droit est rendu vraisemblable lorsque, au terme d'un examen sommaire, sur la base d'éléments objectifs, ce fait ou ce droit est rendu probable, sans pour autant qu'il faille exclure la possibilité que les faits aient pu se dérouler

autrement ou que la situation juridique se présente différemment (Bohnet, CPC commenté, Bâle 2011, n. 4 ad art. 261 CPC et les références citées). En matière de mesures provisionnelles, tant l'existence du droit matériel (soit sa substance et sa titularité), sa violation ou l'imminence de sa violation que le risque d'un préjudice difficilement réparable doivent être rendus vraisemblables par le requérant (Bohnet, op. cit., n. 5 ad art. 261 CPC). Selon l'art. 262 CPC, le tribunal peut ordonner toute mesure provisionnelle propre à prévenir ou à faire cesser le préjudice, notamment ordonner la fourniture d'une prestation en nature (let. d).

Toute mesure provisionnelle présuppose la nécessité d'une protection immédiate du requérant en raison d'un danger imminent menaçant ses droits (Hohl, Procédure civile, tome II, 2<sup>e</sup> éd., 2010, n. 1758 p. 322). Le requérant doit ainsi 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 (TF 4A\_611/2011 du 3 janvier 2012 c. 4.1 ; Juge délégué CACI 26 février 2013/113 c. 3a). 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.

Le dommage difficilement réparable de l'art. 261 al. 1 let. b CPC est principalement de nature factuelle ; il concerne tout préjudice, patrimonial ou immatériel, et peut même résulter du seul écoulement du temps pendant le procès (ATF 138 III 378 c. 6.3 ; Hohl, op. cit., n. 176 p. 323). Un préjudice financier n'est en principe pas difficilement réparable (Zürcher, in DIKE-Kommentar ZPO, 2011, n. 25 ad art. 261 CPC), hormis les cas exceptionnels où il est susceptible d'entraîner la faillite de l'intéressé ou la perte de ses moyens d'existence (Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, n. 991 et les références citées, p. 424). Le dommage est constitué, pour celui qui requiert les mesures provisionnelles, par le fait que, sans celles-ci, il serait lésé dans sa position juridique de fond et, pour celui qui recourt contre le prononcé de telles mesures, par les conséquences matérielles qu'elles engendrent (ATF 138 III 378 c. 6.3).

Le risque de préjudice difficilement réparable suppose par ailleurs l'urgence (Bohnet, op. cit., n. 12 ad art. 261 CPC) ; de façon générale, il y a urgence chaque fois que le retard apporté à une solution provisoire met en péril les intérêts d'une des parties (Hohl, La réalisation du droit et les procédures rapides, Fribourg 1994, n. 543 p. 175). L'urgence est une notion relative selon le Tribunal fédéral, qui retient qu'elle comporte des degrés et s'apprécie moins selon des critères objectifs qu'au regard des circonstances. Alors même que les mesures provisionnelles sont subordonnées à l'urgence, le droit de requérir ne se périmé pas, mais la temporisation du requérant durant plusieurs mois à dater de la connaissance du dommage ou du risque peut signifier qu'une protection n'est pas nécessaire, voire constituer un abus de droit (Bohnet, op. cit., n. 12 ad art. 261 CPC ; TF 4P.263/2004 du 1<sup>er</sup> février 2005). Ainsi, sa requête risque d'être rejetée si le tribunal arrive à la conclusion qu'une procédure ordinaire introduite à temps aurait abouti un jugement au fond dans des délais équivalents (Bohnet, op. cit., n. 12 ad art. 261 CPC).

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. L'examen du droit et la pesée des intérêts en présence ne s'excluent pas : le juge doit pondérer le droit présumé du requérant à la mesure conservatoire avec les conséquences irréparables que celle-ci peut entraîner pour l'intimé (ATF 131 III 473 c. 2.3).

**bb)** Tant la qualité pour agir, ou légitimation active, que la qualité pour défendre, ou légitimation passive, font partie des conditions matérielles de la prétention litigieuse et se déterminent selon le droit au fond. Le défaut de légitimation passive du défendeur conduit au rejet de l'action, indépendamment de la réalisation des éléments objectifs de la prétention litigieuse, alors que son admission signifie que le demandeur peut faire valoir sa prétention contre le défendeur, en tant que sujet passif de l'obligation en cause. Cette question, qui ressortit au droit matériel fédéral, doit être examinée d'office et librement (ATF 136 III 365 c. 2.1). Comme pour la qualité pour agir, ou légitimation active, le fardeau de la

preuve et de l'allégation des faits qui fondent la qualité pour défendre incombe au demandeur, ce qui correspond à la règle générale de l'art. 8 CC (ATF 130 III 417 c. 3.1).

La légitimation active et passive appartient au titulaire (sujet actif), respectivement à l'obligé (sujet passif) du droit litigieux, qui agissent en leur propre nom. Ainsi, le créancier et le débiteur d'une créance ont chacun en ce qui le concerne la légitimation active et passive au procès ayant pour objet cette créance (Hohl, Procédure civile, Tome I, Berne 2001, p. 97 s.).

Le défaut de la qualité pour agir entraîne le rejet de l'action, et non l'irrecevabilité de celle-ci. Il en va de même du défaut de la qualité pour défendre (ATF 126 III 59 c. 1).

**cc)** Aux termes de l'art. 112 al. 1 CO (loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse [Livre cinquième : Droit des obligations]; RS 220), celui qui, agissant en son propre nom, a stipulé une obligation en faveur d'un tiers a le droit d'en exiger l'exécution au profit de ce tiers. Le tiers ou ses ayants droit peuvent aussi réclamer personnellement l'exécution, lorsque telle a été l'intention des parties ou que tel est l'usage (art. 112 al. 2 CO). Dans ce cas, et dès le moment où le tiers déclare au débiteur qu'il entend user de son droit, il ne dépend plus du créancier de libérer le débiteur (art. 112 al. 3 CO).

Selon la nature des droits conférés au tiers, on distingue ainsi deux espèces de stipulation : d'une part, la stipulation pour autrui imparfaite, qui constitue le cas ordinaire (art. 112 al. 1 CO), est l'hypothèse dans laquelle seul le stipulant est créancier, le bénéficiaire n'ayant que le droit de recevoir la chose et pas celui de l'exiger ; d'autre part, la stipulation pour autrui parfaite (art. 112 al. 2 et 3 CO), qui constitue l'hypothèse dans laquelle le bénéficiaire a un droit de créance parallèle à celui du créancier. Ce cas exceptionnel doit découler de l'accord des parties, de l'usage ou de la loi (al. 2). Le promettant a, dans le cas de la stipulation pour autrui parfaite, deux créanciers : le bénéficiaire

(à qui la prestation est due) et le stipulant (qui s'est fait promettre la prestation) (Tercier/Pichonnaz, Le droit des obligations, Zurich 2012, p. 236 s.).

**dd)** L'art. 292 CP (Code pénal du 21 décembre 1937 ; RS 311.0) prévoit que celui qui ne se sera pas conformé à une décision à lui signifiée, sous la menace de la peine prévue au présent article, par une autorité ou un fonctionnaire compétents, sera puni d'une amende.

Seules des personnes physiques peuvent en principe se rendre coupables et être punies pour la commission d'infractions pénales, les personnes morales ne pouvant être poursuivies pénalement que lorsque cela est expressément prévu par la loi. Or l'art. 102 CP, relatif à la punissabilité des entreprises, ne constitue à cet égard pas une base légale suffisante, puisqu'il se rapporte à la commission de crimes ou de délits et que cette disposition érige l'insoumission à une décision de l'autorité en contravention. Il s'ensuit que des personnes morales ne peuvent pas se voir menacer de la peine prévue à l'art. 292 CP. La commination prévue à cette disposition doit par conséquent être adressée aux organes, respectivement aux représentants, compétents de la société (Riedo/Boner, Basler Kommentar, Strafrecht II, 2013, n. 74 et 75 ad art. 292 CP et les références citées).

**c/aa)** En l'espèce, il est constant que les conclusions de la requête de mesures provisionnelles se fondent exclusivement sur le contrat de confidentialité conclu le 25 mai 2012 entre W.\_\_\_\_\_SA, par son administrateur O.\_\_\_\_\_, d'une part, et E.\_\_\_\_\_SA, par les membres de sa direction B.\_\_\_\_\_ et V.\_\_\_\_\_, d'autre part, dans l'optique d'une éventuelle acquisition par E.\_\_\_\_\_SA de C.\_\_\_\_\_SA, détenue par W.\_\_\_\_\_SA.

Il doit en conséquence être retenu que les prétentions que font valoir les intimées dans leur requête sont de nature purement contractuelle. Or, conformément au principe de la relativité des conventions, un contrat ne peut conférer de droits et imposer des

obligations qu'aux personnes qui y sont parties, sous réserve de la stipulation pour autrui au sens de l'art. 112 al. 1 CO.

Il s'ensuit que, s'agissant de la légitimation active, elle doit sans conteste être reconnue à W.\_\_\_\_\_SA, qui est partie au contrat. En ce qui concerne C.\_\_\_\_\_SA, sa légitimation active peut, au stade de la vraisemblance et sur la base d'un examen sommaire, également être admise dans le cadre de la procédure de mesures provisionnelles. Il ressort en effet du chiffre 6 du contrat de confidentialité que C.\_\_\_\_\_SA « aura le droit de demander des mesures provisionnelles pour imposer les obligations de ce contrat » (« *will have right to seek and obtain immediate injunctive relief to enforce obligations under this Agreement* »), les parties paraissant avoir conclu de la sorte une stipulation pour autrui parfaite (art. 112 al. 2 CO).

Quant à la légitimation passive des appelants, on constate qu'I.\_\_\_\_\_SA, devenue A.\_\_\_\_\_SA, B.\_\_\_\_\_, V.\_\_\_\_\_ et Z.\_\_\_\_\_ ne sont pas parties au contrat de confidentialité et n'ont donc en principe pas la qualité pour défendre à une requête de mesures provisionnelles fondée exclusivement sur ce contrat. En conséquence, il y a lieu de retenir que seule l'appelante E.\_\_\_\_\_SA dispose formellement de la légitimation passive.

**bb)** Pour ce qui est des faits invoqués par les intimées dans le cadre de la procédure de mesures provisionnelles, on constate que celles-ci ont rendu vraisemblable qu'elles disposaient contre E.\_\_\_\_\_SA d'une prétention contractuelle, fondée sur le chiffre 2 du contrat de confidentialité du 25 mai 2012. Elles ont également rendu vraisemblable qu'elles avaient transmis à E.\_\_\_\_\_SA, dans le cadre des négociations intervenues entre les parties, un document de C.\_\_\_\_\_SA intitulé « C.\_\_\_\_\_SA - Présentation E.\_\_\_\_\_SA - Strictement Confidentiel - Document sous NDA du 25 mai 2012 », ce que les appelantes ne contestent d'ailleurs pas. En revanche, les intimées ne sont pas parvenues à établir à satisfaction de droit qu'elles avaient transmis à E.\_\_\_\_\_SA le

« Rapport de l'organe de révision à l'Assemblée générale sur les comptes annuels 2011 ».

Les intimées ont également rendu vraisemblable que la Présentation E.\_\_\_\_\_SA est susceptible de contenir des informations confidentielles visées par le chiffre 2 du contrat de confidentialité. Cela étant, on relève que ces informations ne tomberaient pas sous le coup de l'interdiction d'utilisation ou de divulgation dans l'hypothèse où E.\_\_\_\_\_SA serait en mesure d'établir que les informations en cause sont devenues disponibles de manière générale au public ou ont pu être obtenues indépendamment de la transmission des documents confidentiels transmis dans le cadre du contrat de confidentialité (cf. chiffre 1, hypothèses 1-4, de l'accord de confidentialité du 25 mai 2012).

Les intimées ont en outre pu établir, au stade des mesures provisionnelles, l'existence d'un risque concret d'atteinte à leurs droits. En effet, l'acquisition par E.\_\_\_\_\_SA d'une société concurrente à C.\_\_\_\_\_SA, soit I.\_\_\_\_\_SA, devenue A.\_\_\_\_\_SA, et la désignation des membres de la direction d'E.\_\_\_\_\_SA en qualité d'administrateurs de cette société sont des éléments suffisamment probants pour rendre vraisemblable qu'E.\_\_\_\_\_SA risque de faire usage d'informations confidentielles concernant C.\_\_\_\_\_SA ou de communiquer de telles informations à des tiers, soit en particulier à A.\_\_\_\_\_SA.

Dans la mesure où il est plausible que les informations confidentielles en question permettraient à E.\_\_\_\_\_SA, par sa société fille A.\_\_\_\_\_SA, d'accéder à un savoir-faire acquis au fil des années par C.\_\_\_\_\_SA qu'elle n'aurait pas pu développer sans avoir eu accès auxdites informations, il est également rendu vraisemblable que l'utilisation et la communication de telles informations confidentielles risquent de causer à C.\_\_\_\_\_SA, et par voie de conséquence à W.\_\_\_\_\_SA qui la détient, un préjudice difficilement réparable en raison de pertes de parts de marché du fait de l'arrivée d'un produit concurrent à celui développé par C.\_\_\_\_\_SA, laquelle bénéficiait apparemment

jusqu'alors d'une position préférentielle sur le marché des garanties de loyer par cautionnement sans dépôt bancaire.

**cc)** Cependant, comme le relèvent à juste titre les appelants, la rédaction des chiffres I à III du dispositif de l'ordonnance entreprise est incorrecte en tant qu'elle équivaut à une interdiction générale de faire usage ou de communiquer toute information relative à C. \_\_\_\_\_ SA, alors que cette interdiction ne peut viser que les informations confidentielles au sens du chiffre 1 du contrat de confidentialité.

**dd)** Par ailleurs, comme il a été relevé plus haut, le respect de l'obligation de confidentialité découlant du contrat du 25 mai 2012 ne peut être exigé que vis-à-vis d'E. \_\_\_\_\_ SA (cf. c. 3c/aa *supra*), qui a en principe seule qualité pour défendre à une requête de mesures provisionnelles tendant à prononcer une interdiction de faire usage, respectivement de communiquer, toute information confidentielle relative à C. \_\_\_\_\_ SA et obtenue sous couvert du contrat précité.

Une telle interdiction ne peut toutefois être assortie de la commination à E. \_\_\_\_\_ SA de la peine d'amende prévue à l'art. 292 CP, dès lors qu'une personne morale ne peut pas se voir condamner de la peine prévue à cette disposition. Il s'ensuit que cette commination doit être adressée aux organes de la société (cf. c. 3b/dd *supra*), à savoir en particulier à ses administrateurs B. \_\_\_\_\_, Z. \_\_\_\_\_ et V. \_\_\_\_\_.

**ee)** Il convient enfin de rappeler que les informations ne tomberaient pas sous le coup de l'interdiction d'utilisation ou de communication dans l'hypothèse où E. \_\_\_\_\_ SA serait en mesure d'établir que les informations en cause sont devenues disponibles de manière générale au public ou ont pu être obtenues indépendamment de la transmission des documents confidentiels transmis dans le cadre du contrat de confidentialité (cf. 3c/bb *supra*).

**4.** Il résulte de ce qui précède que l'appel doit être partiellement admis et l'ordonnance réformée aux chiffres I à III de son dispositif en ce

sens qu'il est fait interdiction à E.\_\_\_\_\_SA de faire usage de - respectivement de communiquer à toute personne physique ou morale - toute information confidentielle relative à C.\_\_\_\_\_SA obtenue sous couvert du contrat de confidentialité du 25 mai 2012, cette interdiction étant assortie de la menace pour les organes d'E.\_\_\_\_\_SA, en particulier pour ses administrateurs B.\_\_\_\_\_, Z.\_\_\_\_\_ et V.\_\_\_\_\_, de la peine d'amende prévue à l'art. 292 CP en cas d'insoumission à une décision de l'autorité.

Vu l'issue du litige, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 4'000 fr. (art. 65 al. 1 et 3 TFJC [Tarif du 28 septembre 2010 des frais judiciaires civils; RSV 270.11.5]), seront, à parts égales, mis à la charge des appelants, solidairement entre eux, et des intimées, solidairement entre elles (art. 106 al. 1 à 3 CPC). Les intimées, solidairement entre elles, verseront ainsi aux appelants, créanciers solidaires, la somme de 2'000 fr. à titre de restitution partielle de l'avance de frais fournie par ceux-ci (art. 111 al. 2 CPC).

Les dépens de deuxième instance seront compensés (art. 95 al. 3 et 106 al. 2 CPC).

Par ces motifs,  
le Juge délégué de la  
Cour d'appel civile du Tribunal cantonal  
p r o n o n c e :

- I. L'appel est partiellement admis.
  
- II. L'ordonnance est réformée comme il suit aux chiffres I à III de son dispositif :
  - I. Interdit à E.\_\_\_\_\_SA, sous la menace pour ses organes, en particulier pour ses administrateurs

B.\_\_\_\_\_, Z.\_\_\_\_\_ et V.\_\_\_\_\_, de la peine d'amende prévue par l'art. 292 CP en cas d'insoumission à une décision de l'autorité, de faire usage de toute information confidentielle relative à C.\_\_\_\_\_SA obtenue sous couvert du contrat de confidentialité du 25 mai 2012.

II. Interdit à E.\_\_\_\_\_SA, sous la menace pour ses organes, en particulier pour ses administrateurs B.\_\_\_\_\_, Z.\_\_\_\_\_ et V.\_\_\_\_\_, de la peine d'amende prévue par l'art. 292 CP en cas d'insoumission à une décision de l'autorité, de communiquer à toute personne physique ou morale toute information confidentielle relative à C.\_\_\_\_\_SA obtenue sous couvert du contrat de confidentialité du 25 mai 2012.

III. Supprimé.

**III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 4'000 fr. (quatre mille francs), sont mis à la charge des appelants E.\_\_\_\_\_SA, A.\_\_\_\_\_SA, V.\_\_\_\_\_, Z.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_, solidairement entre eux, par 2'000 fr. (deux mille francs), et à la charge des intimées C.\_\_\_\_\_SA, W.\_\_\_\_\_SA, solidairement entre elles, par 2'000 fr. (deux mille francs).

**IV.** Les intimées, solidairement entre elles, doivent verser aux appelants, créanciers solidaires, la somme de 2'000 fr. (deux mille francs) à titre de restitution partielle d'avance de frais de deuxième instance.

**V. L'arrêt motivé est exécutoire.**

Le juge délégué :

Le greffier :

Du 29 septembre 2015

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

Le greffier :

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 Jean Marguerat (pour E. \_\_\_\_\_ SA, A. \_\_\_\_\_ SA, V. \_\_\_\_\_, Z. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_)
- Me Bertrand R. Reich (pour W. \_\_\_\_\_ SA et C. \_\_\_\_\_ SA)

L juge délégué de la Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 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

Le greffier :