

**COUR CIVILE**

---

---

Ordonnance de mesures provisionnelles dans la cause divisant  
**W.**\_\_\_\_\_, à [...], d'avec **P.**\_\_\_\_\_, à [...].

---

Audience du 28 février 2011

---

Présidence de Mme BYRDE, juge instructeur  
Greffier : Mme Ouni

\*\*\*\*\*

Statuant immédiatement à huis clos, le juge instructeur  
considère :

**En fait :**

**1. a)** La requérante W.\_\_\_\_\_ est une société anonyme dont le  
siège est à [...] qui a pour but statuaire les "prestations de service en  
informatique, conseil en organisation, ventes de matériel, fournitures et  
environnement informatiques et formation générale et technique relative  
à l'informatique". Sa précédente raison sociale était D.\_\_\_\_\_.

Elle commercialise et installe notamment le logiciel "Entreprise  
Ressource Planning" (ci-après : ERP) "V.\_\_\_\_\_" 7, précédemment

nommé "F.\_\_\_\_\_", ainsi que les logiciels décisionnels ou "Business Intelligence" (ci-après : BI) " E.\_\_\_\_\_" et " Q.\_\_\_\_\_".

**b)** L'intimé P.\_\_\_\_\_ était administrateur de D.\_\_\_\_\_. Il était également actionnaire, à part égale avec M.\_\_\_\_\_, de D.\_\_\_\_\_ jusqu'au 21 septembre 2007, date à laquelle ils ont conclu une convention de cession d'actions avec T.\_\_\_\_\_, société de droit français spécialisée dans les services informatiques.

L'intimé est titulaire de l'entreprise individuelle S.\_\_\_\_\_, inscrite au Registre du commerce le [...], dont le siège est à [...] et qui a pour but le marketing, le conseil et la vente de solutions informatiques.

**2. a)** Le 8 septembre 2008, D.\_\_\_\_\_ et S.\_\_\_\_\_, en la personne de l'intimé, ont conclu un contrat d'agent commercial qui contient notamment les clauses suivantes :

### **"Préambule**

Etant préalablement exposé que L'agent commercial est mandaté pour négocier et conclure des contrats au nom et pour le compte de l'entreprise qu'il représente, il contribue, de manière indépendante, au développement de la clientèle de l'entreprise contre paiement de commissions. Il n'est pas un salarié, et il ne se constitue pas de clientèle propre. Il a une obligation d'information, et une obligation de rendre des comptes de façon précise et fréquente (article 418 du Code des Obligations).

Il n'a pas le droit d'accepter des paiements ou commissions directement de la part des clients, des prospects, des partenaires, des apporteurs d'affaires ou plus généralement de tiers ayant un lien direct ou indirect avec la société W.\_\_\_\_\_ ou D.\_\_\_\_\_, ni de convenir avec le client de modifications au contrat sans un accord écrit de la direction de D.\_\_\_\_\_.

Il ne doit pas utiliser ou révéler les secrets d'affaire du mandant.

Le présent document remplace et annule tous les accords antérieurs pouvant exister.

### **Article 1 objet du contrat**

Monsieur P. \_\_\_\_\_ a pour objectif de faire croître et de pérenniser l'activité « Intégration » au sein de la filiale D. \_\_\_\_\_ Suisse, selon la stratégie développée par le Groupe T. \_\_\_\_\_.

En contrepartie de ce développement, et conformément aux termes du présent contrat, Monsieur P. \_\_\_\_\_ percevra une rémunération dont l'assiette et les modalités sont définies ci-après.

En outre, Monsieur P. \_\_\_\_\_ devra se conformer à l'organisation administrative, commerciale et technique, notamment quant aux horaires de l'entreprise D. \_\_\_\_\_, et suivre les procédures mises en place dans le cadre de la prise des congés annuels (cf **annexe 4** : livret du collaborateur). Toutefois, P. \_\_\_\_\_ informera W. \_\_\_\_\_ en début d'exercice, des périodes approximatives généralement prises entre 3 (trois) et 6 (six) semaines au maximum par année.

En outre, Monsieur P. \_\_\_\_\_ s'engage à une obligation d'exclusivité dans l'univers des métiers de W. \_\_\_\_\_, existants ou à venir, touchant aux sciences liées aux systèmes d'informations avec ses différentes prestations inhérentes. Si cette exclusivité n'était pas respectée, le contrat serait immédiatement rompu, entraînant pour Monsieur P. \_\_\_\_\_ le versement de dommages intérêts couvrant le préjudice subi par W. \_\_\_\_\_.

## **Article 2 Périmètre du contrat**

### 2.1. Périmètre des biens et services

Monsieur P. \_\_\_\_\_ doit avoir une bonne connaissance des offres portées par le Groupe W. \_\_\_\_\_.

La mission se déroulera dans le cadre des procédures mises en place, et plus spécifiquement du process de qualification des projets défini par le groupe (**annexe 1**).

Monsieur P. \_\_\_\_\_ devra suivre la vie des projets en cours ou à venir dans le respect des termes des contrats signés, y compris le parfait paiement des factures.

Monsieur P. \_\_\_\_\_ aura également en charge le suivi commercial des projets qu'il aura signé (avenants au contrat initial, nouveaux projets, extension de périmètre du projet initial....). Ses responsabilités pourront être modifiées en fonction des objectifs définis annuellement ou trimestriellement.

Sont notamment exclus du périmètre :

- > La gestion opérationnelle des projets,
- > La gestion et le suivi des équipes de consultants fonctionnels et techniques,
- > La gestion et le suivi des équipes administratives,

- > Les décisions financières sur les méthodes de facturation,
- > Les activités Techno (infra, base de données) qui pourront donner lieu à un autre contrat.

En outre, les éventuels avoirs doivent être acceptés par la direction du groupe, et feront l'objet d'une demande spécifique.

## 2.2. Périmètre géographique :

Le périmètre concerné par le contrat est la Suisse romande. Néanmoins, toute opportunité de contrat hors de ce périmètre peut être considérée, à condition qu'elle fasse l'objet d'une validation préalable par la Direction commerciale Groupe. En outre, ce périmètre peut être revu et modifié par avenant au présent contrat, après entretien avec l'agent commercial.

### **Article 3 durée du contrat**

Le présent contrat s'applique de manière rétroactive depuis le 01 janvier 2008, et sera renouvelable par tacite reconduction d'année en année, le premier terme du contrat étant le 01/04/2009, et sous réserve de résolution de celui-ci par courrier recommandé 3 mois avant la fin du terme. Une clause de non concurrence et des pénalités seront applicables en cas de rupture anticipée du contrat.

(...)

### **Article 7 Accords des parties**

La présente convention constitue l'accord entier des parties et remplace et annule toute convention et/ou correspondance antérieure relative au contrat d'agent commercial.

Au cas où une ou plusieurs stipulations comprises dans cette convention viendraient à être considérées comme illégales ou illicites, ce vice n'affecterait pas la totalité du contrat qui resterait valide pour les dispositions maintenues.

### **Article 8 Confidentialité et clause de non concurrence**

Aucune des parties ne peut utiliser ou divulguer les Informations Confidentielles appartenant à l'autre partie. La partie recevant de l'autre une Information Confidentielle s'engage à prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger cette Information Confidentielle.

La partie ayant communiqué une Information Confidentielle à l'autre partie peut, à sa seule discrétion et sous réserve d'un préavis de 15 jours, demander soit la restitution des originaux et des copies de toute Information Confidentielle et de tous dossiers, informations et documents développés à partir de cette dernière par la partie réceptrice, soit en exiger la destruction.

Chaque partie peut révéler l'existence du Contrat. Le contenu ne pourra être divulgué qu'avec le consentement écrit et préalable de l'autre partie.

P. \_\_\_\_\_ s'interdit, pendant une période de 3 (trois) ans à compter de la fin d'activité effective du présent contrat, pour quelque cause que ce soit, :

- de commercialiser de manière directe ou indirecte toute offre Editeur référencée par le Groupe W. \_\_\_\_\_,
- de démarcher, de manière directe ou indirecte, le parc Client avec une offre concurrente (un client s'entend par une société ayant reçue une facture de W. \_\_\_\_\_ de moins de 3 (trois) ans,
- de démarcher, de manière directe ou indirecte, les prospects faisant parties du portefeuille passé ou en cours.

Elle concerne le secteur géographique, et les biens et services déterminés dans l'article relatif au périmètre du contrat, et pour lesquels Monsieur P. \_\_\_\_\_ a été mandaté.

(...)

### **Article 11 Election de domicile et compétence**

Les présentes Conditions Générales sont régies par la loi suisse. La Convention des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises ne s'applique pas aux présentes Conditions Générales. En cas de litige, Tout différent relatif au présent contrat ou à un accord connexe, notamment quant à l'existence, validité, interprétation, exécution ou inexécution, qu'il survienne avant ou après l'expiration dudit contrat, sera réglé définitivement par le Tribunal de Commerce de Genève est seul compétent, même en cas d'appel en garantie, de pluralité de défendeurs ou de mesures urgentes devant faire l'objet d'une procédure de référé."

**b)** Les relations entre les dirigeants de la requérante et l'intimé ont commencé à se détériorer.

R. \_\_\_\_\_, directeur de la requérante, a ainsi remis à l'intimé, le 7 octobre 2008, un courrier dont le contenu est le suivant :

"A maintes reprises, nous avons évoqué les procédures de travail que nous utilisons, qui sont mises en place au sein de notre filiale D. \_\_\_\_\_, et que vous devez appliquer.

Le contrat qui nous lie reprend dans son annexe tous les process commerciaux, et vous devez obtenir l'aval de la direction

commerciale groupe avant de diffuser des informations et plus spécifiquement auprès des clients.

Une fois encore je regrette de devoir constater que non seulement le process n'a pas été suivi, mais qu'en outre, et malgré les recommandations de Z. \_\_\_\_\_, vous vous êtes permis d'envoyer un courrier client de votre propre initiative.

Cette situation ne peut perdurer, nous nous employons à mettre en place des procédures que vous vous ingéniez à détourner.

En conséquence, Je vous signifie par la présente un avertissement et vous demande de travailler dans les termes et exclusivement dans les termes du contrat qui nous lie."

Le 3 juin 2009, la requérante a adressé à l'intimé un nouvel avertissement qui comprend les passages suivants :

"Monsieur [...], Administrateur Délégué du [...], m'a informé hier d'une visite de votre part auprès de sa Direction Informatique, le 19 mai dernier. Devant son étonnement car vous n'étiez convié à aucune réunion, vous avez déclaré avoir fait « une visite de courtoisie car vous étiez dans le coin ».

De plus, ce client a déclaré ne plus vouloir avoir à faire à vous à la suite de trop nombreuses promesses non tenues dans le passé.

Vous avez visité ce client sans nous en informer (ni avant, ni après) et contrairement à mes instructions alors que vous êtes en charge des prospects et non des clients existants.

Cette attitude n'est pas respectueuse du travail que nous vous demandons de fournir.

En conséquence, nous sommes au regret de vous signifier un nouvel avertissement de travail."

Le 17 juin 2009, l'intimé a fait parvenir à la requérante un courrier indiquant notamment ce qui suit :

"Par la présente nous vous soumettons, ci-joint, notre 2<sup>ème</sup> RAPPEL basé sur la formule [...], intitulée **OBJECTIF & MARGE** de D. \_\_\_\_\_ pour une prime annuelle unique de l'ordre de 50'000.— HT. sur un résultat à 100 % de réussite ! **Commission annuel** conformément à l'entrevue chez W. \_\_\_\_\_ du jeudi 6-3-08 avec M. R. \_\_\_\_\_ ainsi qu'au contrat d'agent commercial qui nous lie et signé en date du 8-9-08.

(...)

Provision de vente totale annuelle sur **résultat atteint à 72 %** : 27'000.--

(Chiffres et taux indiqués en avril 2009 par vos 2 directeurs MM. [...] & Z. \_\_\_\_\_)

TVA de 7,6 % soit : 2'052.--

**Total général CHF. TTC : 29'052.--**

Conditions de paiements prévus : payable selon convention sur avril - mai 2009 !! **RAPPEL No 2 : Payable pour le 24 juin 2009 ! Dès lors passé cette nouvelle échéance, sans le respect de vos engagements contractuels, vous nous obligeriez à prendre de nouvelles mesures beaucoup plus RADICALES !!**

Le 1<sup>er</sup> juillet 2009, la requérante a répondu à l'intimé en ces termes :

"Nous tenons à vous rappeler que votre attitude et vos résultats 2008 ont été déplorables et indignes d'un professionnel et encore moins d'un ancien associé.

En effet vous n'avez absolument pas effectué la mission de responsable commercial pour laquelle nous vous avons mandaté.

Encore moins celle beaucoup plus basique qui serait d'assurer le poste de commercial, n'atteignant pas plus de 30% des objectifs de business et mettant en péril notre société.

Vous avez vendu votre société en 2007, vous génériez à cette époque un CA très convenable au vu du montant de vos commissions.

Vous n'avez absolument pas pris au sérieux la mission pour laquelle vous vous êtes engagé durant 5 ans en tant que professionnel dans nos actes de ventes.

Pourtant, vous avez osé demander et harceler les équipes dans des termes non convenables pour que l'on vous verse malgré tout votre prime sur la base des 50 000CHF qui, dans notre négociation contractuelle, était destinée à rémunérer le poste de responsable commercial. Je vous ai vu le 29 juin en vous expliquant cela.

Vous en avez convenu, mais m'avez rétorqué qu'un contrat était un contrat et que, quelque soient les résultats et votre attitude, vous demandiez le respect de celui-ci.

Que cela ne tienne, nous allons donc procéder aux règlements de vos primes, vous montrant par ce fait que nous, nous respectons nos engagements malgré votre travail bâclé et irrespectueux.

Nous serons donc, à compter de ce jour et comme vous l'imaginez bien, intransigeants sur la qualité de vos prestations.

Pour information, sur la base de votre plan de commission, les montants qui vous sont dus sont les suivants :

1/ Prime trimestrielle :

Réalisé : 74 % objectif soit une prime annuelle de 100 000 CHF

2/ Prime annuelle :

Réalisé : 72 % objectif soit une prime de 25 000 CHF

3/ Total des primes à verser : 125 000 CHF, déjà payé = 105 000 CHF, reste à percevoir = 20 000 CHF

Nous vous remercions de nous faire parvenir par retour une facture de régularisation pour solde de l'année fiscale 2008 d'un montant de 20 000 CHF HT."

L'intimé a fait parvenir à la requérante un courrier daté du 3 juillet 2009 précisant ce qui suit :

"Par la présente nous vous soumettons, ci-joint, notre facture finale basée sur la formule [...], intitulée **OBJECTIF & MARGE** de D.\_\_\_\_\_ pour une prime annuelle unique de l'ordre de 50'000.— HT. sur un résultat à 100 % de réussite ! **Commission annuel** conformément à l'entrevue chez W.\_\_\_\_\_ du jeudi 6 mars 2008 avec M. R.\_\_\_\_\_ Pdg du groupe T.\_\_\_\_\_ et directeur de D.\_\_\_\_\_, liée au contrat d'agent commercial qui nous lie et signé en date du 8 septembre 2008.

(...)

Provision de vente totale annuelle sur **résultat atteint à 74 %**, (ces 74 % sont calculés dans la grille des 70 %), soit : 25'000.-- (Chiffres et taux indiqués en avril et juin 2009 par vos 2 directeurs MM. [...] & Z.\_\_\_\_\_)

1<sup>er</sup> acompte de CHF. 5'000.- déjà versé, soit un Total dû de : 20'000.-

TVA de 7,6 % soit : 1'520.--

**Total général CHF. TTC : 21'520.--**

**Comme convenu ce vendredi 3 juillet avec votre Directrice Madame [...],D.\_\_\_\_\_ s'engage à me verser le montant des CHF. 21'520.- TTC pour lundi 6 juillet 2009, dernier délai !"**

L'intimé a déclaré résilier le contrat qui le liait à la requérante par courrier du 28 août 2009, dont la teneur est la suivante :

**"Démission avec préavis de 2 mois.**

Messieurs,

Par la présente et faisant suite à nos divers entretiens, j'ai le regret de vous informer que je souhaite mettre fin à mon contrat de travail en tant qu'agent commercial indépendant et travaillant pour le compte de votre société.

Les raisons majeures qui me poussent dans ce choix sont les suivantes :

- **Le non respect du paiement de ma commission sur l'affaire [...] (litige en cours de procédure)**
- Le manque de confiance récurrent à mon encontre
- Le rétrograde manifeste de mes responsabilités et de ma fonction au sein de l'entreprise
- Une stratégie Marketing divergente & difficile à comprendre en Helvétie
- Le faible taux d'intéressement commercial.

Je me tiens évidemment à votre entière disposition pour conclure les dernières opérations en cours, affaires traitées depuis plusieurs mois en prospection commerciale."

Le 25 septembre 2009, la requérante a répondu à l'intimé en ces termes :

"Nous accusons réception de votre courrier nous informant de votre volonté de rompre le contrat d'agent commercial qui nous lie.

Nous vous rappelons que la durée du préavis stipulée dans votre contrat est de 3 mois avant son terme. Le terme du contrat est fixé au 31 mars 2010, et non de 2 mois à compter de l'envoi de votre courrier comme vous semblez le croire.

Aussi nous vous demandons de bien vouloir respecter les termes du contrat tout comme nous les respectons notamment par nos avances de commissions et donc de bien vouloir honorer vos engagements et terminer dans les meilleures conditions votre mission jusqu'au 31 mars 2010.

Sur les motifs qui ont motivé votre décision, nous souhaitons apporter quelques précisions.

- Le non respect du paiement des commissions [...] :

Nous avons déjà beaucoup échangé sur le sujet, nous avons tous les éléments prouvant que la facturation réelle correspondant aux travaux effectués a été émise en 2008 et

non en 2007, nous vous enjoignons de vous référer à nos différents courriers et mails relatifs à ce sujet.

- Le manque de confiance récurrent à mon rencontre :

Nous contestons formellement cette allégation.

Compte tenu des éléments antérieurs qui ont motivés la mise en oeuvre de la [...], nous aurions pu en effet, perdre totalement confiance en vous

- Le rétrograde manifeste de mes responsabilités et de ma fonction au sein de l'entreprise :

Nous vous rappelons que vous n'avez pas le statut de salarié (Vous l'avez toujours refusé) mais celui de prestataire extérieur.

Nous reprenons ci-dessous les termes de votre contrat que vous avez signé, donc sur les termes desquels vous étiez en accord.

Monsieur P.\_\_\_\_\_ a pour objectif de faire croître et de pérenniser l'activité « Intégration » au sein de la filiale D.\_\_\_\_\_ Suisse, selon la stratégie développée par le Groupe W.\_\_\_\_\_.

Sur ce sujet, nous sommes convaincus que vous avez confondu la fonction que vous occupiez et les responsabilités que vous aviez lorsque vous étiez actionnaire de D.\_\_\_\_\_ et celles demandées à ce jour.

Le contrat qui vous lie aujourd'hui à W.\_\_\_\_\_ est clair, et ne vous implique aucunement dans la gestion et la stratégie de l'entreprise, ce qui n'était pas le cas auparavant.

- De manière identique, vous avez signé un contrat convenant d'une rémunération, aujourd'hui vous pensez que l'intéressement est trop faible.

Vous avez pourtant accepté votre contrat.

Effectivement ce dernier vous rémunère exclusivement sur votre travail ou plutôt sur vos apports d'affaires.

Beaucoup d'entre nous aimeraient percevoir vos commissions au regard du travail effectué.

A ce jour nous vous rappelons que le bilan de votre travail se solde par la signature de 2 dossiers depuis plus 1 an.

- Une stratégie Marketing divergente et difficile à comprendre en Helvétie :

Nous pouvons comprendre que vous ne soyez pas en accord avec une véritable stratégie commerciale, basée sur des produits définis, des offres et une méthodologie précise, une tarification claire, ce qui n'a jamais été mis en place chez D.\_\_\_\_\_, et que ceci vous perturbe.

En conséquence, nous prenons acte de votre décision de ne pas renouveler votre contrat au 1<sup>er</sup> Avril 2010.

Nous vous demandons également de reprendre votre mission et de la mener correctement en représentant la société W.\_\_\_\_\_ et sa stratégie.

Nous souhaitons que vous nous manifestiez votre accord par écrit sur le fait de reprendre un cours normal des affaires, et une saine relation de travail, pour que votre contrat se déroule et se termine dans les meilleures conditions."

Le 27 septembre 2009, la requérante a adressé à l'intimé le courrier suivant :

"Nous vous signifions par la présente un nouvel avertissement.

En effet, notre administrateur nous a informés que vous colportiez des propos calomnieux à l'encontre de W.\_\_\_\_\_.

Nous vous rappelons qu'à ce jour, vous êtes lié à W.\_\_\_\_\_ par un contrat, et l'image que vous véhiculez de la société qui vous emploie ne peut que vous nuire également.

Nous souhaitons que vous rétablissiez au plus vite les informations erronées que vous faites circuler, et que vous rétablissiez une communication saine et correcte.

Bien entendu nous n'hésiterons pas à saisir les tribunaux de commerce si vous poursuivez votre campagne de dénigrement, si votre mission est bâclée ou si votre temps est mis au profit d'une autre activité que celle de W.\_\_\_\_\_."

Le même jour, elle lui a également fait parvenir un courrier qui indique ce qui suit :

"Depuis le mois d'août, votre planning est vide donc non renseigné. Nous n'avons pas d'informations sur vos déplacements et rendez vous du mois d'août et de septembre.

En outre, nous vous avons proposé de vous rendre chez le client [...] afin d'assurer un rendez vous avec le Directeur commercial du groupe, ce que vous avez purement et simplement refusé, prétextant un autre rendez-vous privé.

Aussi, nous ne pouvons poursuivre des relations de travail constructives et correctes dans ces conditions, et nous vous prions de considérer ce courrier comme un avertissement d'un travail bâclé et non accompli, alors que nous sommes liés par un contrat.

Nous vous rappelons que malgré cela, nous vous avons fait l'avance de votre commission pour le mois d'août, mais nous n'accepterons pas de payer vos commissions de septembre si vous poursuivez vos relations de travail avec un tel laissé aller, et un manque de respect total des procédures mises en place et indispensables au fonctionnement de l'entreprise.

Nous vous demandons de mettre vos plannings à jour sous 24 heures.

Nous nous réservons donc d'ores et déjà le droit d'agir en poursuites à votre encontre si par votre attitude, le fonctionnement de l'entreprise est perturbé."

Le 6 novembre 2009, par l'intermédiaire de l'Office des poursuites du district de [...], l'intimé a fait notifier à la requérante un commandement de payer d'un montant de 24'306 fr. 85, avec intérêt à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> juillet 2008, fondé sur des prétentions datant de l'été 2007 relatives à la société [...]. Ce commandement de payer a été frappé d'opposition totale.

Le 13 avril 2010, l'intimé a fait notifier à la requérante un nouveau commandement de payer d'un montant de 76'151 fr. 75, avec intérêt à 5 % l'an dès le 20 février 2010, indiquant comme cause de l'obligation "Commissions impayées à M. P.\_\_\_\_\_, facture finale du 20.02.2010", qui a également été frappé d'opposition totale.

**3.** La société anonyme I.\_\_\_\_\_, dont le siège est à [...], a été inscrite au Registre du commerce le [...]. Elle a pour but d'exercer toutes activités se rapportant à la représentation, la distribution et le développement de programmes informatiques, ainsi que de fournir tous services dans ce domaine.

La carte de visite de l'intimé indique qu'il est membre de la direction de la société I.\_\_\_\_\_. Par courriel du 11 août 2009, l'intimé présentait les logiciels ERP commercialisés par l'entreprise à C.\_\_\_\_\_, qui s'est vu proposer par la suite un contrat de collaborateur freelance. A l'audience, l'intimé a également expliqué être titulaire de 3 % des actions émises par cette société depuis le mois d'octobre 2010.

Cette société déploie ses activités dans la région romande et commercialise les systèmes ERP "V.\_\_\_\_\_" 1, "V.\_\_\_\_\_" 5 et "A.\_\_\_\_\_" ainsi que le système BI "L.\_\_\_\_\_".

Il ressort du prospectus de présentation de la société que les entreprises [...], [...], [...], [...] et G.\_\_\_\_SA, qui sont des clientes "V.\_\_\_\_\_" de la requérante, ont acquis auprès d'I.\_\_\_\_\_ le logiciel BI "L.\_\_\_\_\_".

**4.** La requérante allègue que l'intimé aurait dénigré le management de la société et aurait incité des clients à résilier leur contrat de maintenance "V.\_\_\_\_\_" pour en conclure de nouveaux avec lui ou la société I.\_\_\_\_\_.

**a)** H.\_\_\_\_\_, employé de la société J.\_\_\_\_SA, a fondé un club des utilisateurs de "F.\_\_\_\_\_", nommé le [...], composé uniquement de clients de la requérante. Il comptait dix-sept membres.

Dans le courant de l'année 2010, les membres de ce club ont adressé un courrier commun à [...], membre de la société ayant édité les logiciels "V.\_\_\_\_\_". Le projet de ce courrier a la teneur suivante :

"En date du 3 Février 2010, plusieurs utilisateurs suisses, une quinzaine, possédants V.\_\_\_\_\_7 (bien qu'ici la dénomination F.\_\_\_\_\_ soit d'usage) se sont spontanément rencontrés, pour discuter initialement du problème d'augmentation du coût de la maintenance (W.\_\_\_\_\_ nous « gratifiait » ainsi d'un passage à 18% du coût des licences en regards des 12% relatifs au précédent contrat), et de la démarche à suivre pour y échapper.

Il s'avère que cette augmentation n'était pas la seule raison du mécontentement des utilisateurs. En effet, tous les participants se sont accordés à dire que malgré la couverture fonctionnelle de l'ERP, et son adéquation satisfaisante par rapport aux besoins d'une PME, le ressenti des utilisateurs s'était grandement détérioré à cause principalement de la déficience de service, surtout depuis le rachat de D.\_\_\_\_\_ par W.\_\_\_\_\_ et le départ multiple d'anciens collaborateurs de D.\_\_\_\_\_, notamment des « SENIORS » très expérimentés.

De plus, les moyens déployés et mis en oeuvre par W. \_\_\_\_\_ lors de la réunion du 12 mai 2009 où vous étiez présent n'ont rien changé, ni même l'embauche de [...] qui en tant qu'unique ressource connaissant bien le produit a du mal à faire face aux nombreuses attentes des différents clients.

Un écho très négatif des conversions à la dernière version de V. \_\_\_\_\_ 7 s'est aussi fait entendre, si bien que les clients potentiels à ce changement ne sont pas du tout confiants pour passer le cap et préfèrent de loin continuer avec leur version actuelle stabilisée.

Il ressort de toutes ces observations que la majorité des utilisateurs actuels considère que le produit de V. \_\_\_\_\_ est un produit en fin de vie, qu'ils vont garder tout au plus une paire d'années et qu'ils se tourneront par la suite vers d'autres acteurs du marché. Paradoxalement, certains d'entre nous font même preuve de « résistance » au sein de leur entreprise en s'opposant au déploiement de solutions plus « lourdes ».

Je trouve que ce mécontentement est préjudiciable pour V. \_\_\_\_\_, et qu'il n'est pas en regard des efforts que vous avez effectués pour proposer aux PME une solution pérenne et en adéquation à leurs besoins.

Néanmoins nous sommes toutes et tous conscients des efforts d'investissements qui ont été faits pour remplacer à terme la solution actuelle par des outils puissants et modernes (je veux parler notamment de V. \_\_\_\_\_ 5 et du futur V. \_\_\_\_\_ 9).

C'est pourquoi, je me fais le porte-parole de mes confrères utilisateurs, et vous demande s'il serait possible de vous rencontrer, à l'occasion d'un passage en Suisse.

*Ainsi, vous seriez en mesure de rassurer les acteurs quand à la base installée actuellement, afin qu'ils puissent rester fidèles aux produits de V. \_\_\_\_\_ dans un futur proche et pourquoi pas à moyen et long terme.*

Nous demandons à la direction de V. \_\_\_\_\_ de nous démontrer une réelle volonté de conserver les clients actuels Suisse et leur fournir un support efficace en adéquation avec les engagements pris par l'ancienne équipe D. \_\_\_\_\_.

Sans un engagement fort de votre part à aider votre ou vos partenaires Suisse à revenir à un niveau de compétence et de service satisfaisant, l'avenir du produit V. \_\_\_\_\_ chez les utilisateurs Suisses actuels nous semblent plus que compromis."

**b)** La requérante allègue qu'au 17 novembre 2010, elle ne comptait que neuf clients bénéficiant d'un contrat de maintenance "V. \_\_\_\_\_" alors qu'ils étaient trente-et-un à disposer d'un tel contrat

durant l'année 2009. Selon elle, vingt-deux clients ont résilié leur contrat. Elle ne produit toutefois que cinq résiliations.

Le 29 septembre 2010, [...] a ainsi adressé à la requérante le courrier suivant :

"Pour donner suite aux divers échanges concernant le contrat qui nous lie à votre société, nous vous informons par la présente que nous ne désirons pas renouveler la partie du forfait de maintenance.

Nous souhaiterions bénéficier à l'avenir de vos prestations uniquement contre une facturation à l'heure selon le travail effectivement réalisé. Nous vous saurions gré de bien vouloir nous communiquer à quel prix vous seriez prêts à nous facturer vos interventions futures.

Conformément aux conditions générales la dédite intervient avec un préavis de trois mois et sera donc effective au 31 décembre 2010.  
(...)"

[...] a également envoyé à la requérante une lettre de résiliation datée du 1<sup>er</sup> octobre 2010 dont la teneur est la suivante :

"Nous nous référons au contrat cité en titré liant nos sociétés et nous vous informons le résilier avec effet dans le délai prévu, à savoir un délai de trois mois. Les contrats ne déploieront dès lors plus d'effets au 31 décembre 2010.

Comme discuté avec vos commerciaux au téléphone, cette mesure fait suite à la décision de notre entreprise d'intégrer la gestion de la comptabilité et la gestion des stocks dans une ERP globale déployée dans l'ensemble des départements de notre entreprise.

Nous tenons ici à préciser que cette décision ne met en aucun cas en cause le travail de votre entreprise qui nous a toujours donné satisfaction. Nous tenons d'ailleurs à vous remercier pour les services rendus à ce jour."

Le 11 octobre 2010, [...] a fait parvenir à la requérante un courrier indiquant ce qui suit :

"Nous vous prions de prendre note que nous résilions par la présente le contrat de maintenance cité en marge.

Ce courrier vous parvenant dans le respect du préavis de 2 mois, notre société sera déliée de toute relation contractuelle avec effet au 31.12.2010.

Nous vous informons que nous avons annulé le compte intitulé «D. \_\_\_\_\_ » vous donnant accès à notre système en télémaintenance. Si nous devons avoir besoin de solliciter vos services avant le 01.01.2011, nous le réactiverions.  
(...)"

Le 27 octobre 2010, Q. \_\_\_\_\_ SA a résilié son contrat de maintenance en ces termes :

"Nous nous référons à l'objet susmentionné et vous informons que nous résilions notre contrat de maintenance F. \_\_\_\_\_ pour le 31 décembre 2010.

Notre décision est motivée par le peu de sollicitation dans le cadre de ce contrat de maintenance par rapport au montant annuel que celui-ci représente.

Néanmoins, nous vous demandons de bien vouloir nous faire parvenir votre meilleure offre tarifaire "TMA" à l'heure et à la journée pour des sollicitations futures.  
(...)"

Par courrier du 29 novembre 2010, [...] a simplement indiqué à la requérante ce qui suit :

"Nous vous prions de bien vouloir prendre acte de la résiliation de notre maintenance F. \_\_\_\_\_. Cette résiliation prendra effet au 31 décembre 2010.  
(...)"

**c)** La requérante, qui soupçonnait l'intimé de commettre des actes de concurrence, a demandé à un de ses collaborateurs, B. \_\_\_\_\_, de se renseigner auprès des clients sur les agissements de l'intimé.

Lors d'une visite le 13 octobre 2010 auprès de la société N. \_\_\_\_\_ SA, B. \_\_\_\_\_ a ainsi établi le rapport suivant :

**"P. \_\_\_\_\_ est passé le matin de la date ci-haut pour essayer de récupérer le Contrat de maintenance,** le client lui a indiqué qu'il a un contrat qui court jusqu'à fin 2012 et il est satisfait."

Une visite effectuée le 15 octobre 2010 auprès de la société [...] a abouti au rapport qui suit :

**"M. P. \_\_\_\_\_ l'a visité la semaine passée.**

Danger: le client dispose déjà du [...] et en perspective [...] risque d'être un compétiteur coriace.

P. \_\_\_\_\_ à ne pas sous-évaluer non plus, ils ont des relations cordiales."

A la suite d'une visite le 15 octobre 2010 auprès de la société G. \_\_\_\_\_ SA, B. \_\_\_\_\_ a rédigé une note en ces termes :

"(...)

Choix de V. \_\_\_\_\_ 2000

Projet réalisé correctement même si un point ne fonctionne toujours pas (lecteur code à barre).

Bonne appréciation de l'ancienne équipe surtout des compétences de M. M. \_\_\_\_\_. Passage en V. \_\_\_\_\_ 7 ver. 2007 s'est déroulé avant le rachat donc il a été réalisé correctement. Depuis le rachat le client nous reproche notre manque de communication et le flou total sur la ligne de conduite de W. \_\_\_\_\_.

Lors de la séance plénière de présentation le client n'a pas obtenu satisfaction à ses interrogations. Le directeur est le fils du fondateur et il est entrain de prendre la direction opérationnelle, de ce fait il ne souhaite pas réaliser avant le 2<sup>ème</sup> Q les « 2dFree ».

Il a beaucoup de craintes quant à pérennité de notre équipe. Toutefois il va nous passer commande de 3 licences supplémentaires la semaine prochaine.

**P. \_\_\_\_\_ est passé par là (semaine passée) et je pense qu'il a jeté un certain trouble dans les esprits.**

**(Ils parlaient de P. \_\_\_\_\_ en le citant par le prénom et en utilisant clairement le « tu »).**

Le Directeur m'a demandé s'il pouvait poursuivre sur la version 2007, [...] et [...] durant 4 à 5 ans. Je lui ai indiqué, selon notre plan, qu'à court terme (12 mois) il n'aurait plus de maintenance sur [...] et que la compatibilité de V. \_\_\_\_\_ 7 Version 2007 avec les « nouveaux » Windows est fortement compromise. Il a pris bonne note mais a repoussé toute décision au 2<sup>ème</sup> Q 2011.

Notre offre « [...] » n'a pas suscité de l'intérêt."

B. \_\_\_\_\_ a encore établi le 27 octobre 2010 à la suite d'une visite auprès de la société [...] un rapport dont la teneur est la suivante :

"Présentation classique de la stratégie autour de V. \_\_\_\_\_.

Ecoute attentive du client, qui me demande si nous pourrions lui faire une lettre conjointe avec V.\_\_\_\_\_ pour lui indiquer à quelle date s'arrête le support V.\_\_\_\_\_, je ne me prononce pas, mais je lui indique que leur version (E03) est de tout façon obsolète et que la compatibilité envers des systèmes d'exploitation récents n'est plus garantie et que la seule version réellement maintenue sera la 2009. J'invite, donc, le client à évoluer son système d'information tout du moins en version 2009 et de changer la compta [...] (qui ne sera plus maintenue en 2011.

Il m'indique que c'est un retour en arrière par rapport aux engagements que W.\_\_\_\_\_ avait pris quant à la maintenance d' [...].

Je lui rétorque que les produits ne sont pas éternels et que nous avons pensé déjà à une solution intelligente de passage vers des produits [...].

J'ai également proposé les « [...] » qui prépareront le terrain pour une migration « soft », il me donnera réponse la semaine prochaine.

Suite à cela j'ai un petit malaise.

La discussion s'est poursuivie, mais mes interlocuteurs étaient plus préoccupés par mon état que par le reste de la discussion.

Toutefois, il est sûr que le client bougera en 2011. Je pense que [...] est une bonne solution pour eux.

**Il n'a pas une haute opinion de [...] et il n'a pas reçu M. P.\_\_\_\_\_ qui a toutefois appelé.**

(...)"

5. La requérante soutient que l'intimé aurait également débauché ses collaborateurs.

H.\_\_\_\_\_ a quitté la requérante au mois de juillet 2007 pour l'entreprise J.\_\_\_\_\_ SA.

K.\_\_\_\_\_ a également résilié son contrat de travail qui le liait à la requérante et exerce une activité professionnelle auprès d'I.\_\_\_\_\_.

Par courrier du 20 juin 2008, O.\_\_\_\_\_ a résilié son contrat de travail avec effet au 31 août 2008. Il travaille pour la société [...].

Le 25 mars 2009, [...] a informé la requérante qu'il résiliait son contrat de travail avec effet au 31 mai 2009.

Par courrier du 29 septembre 2009, [...] a démissionné du poste qu'elle occupait au sein de la requérante avec effet au 16 novembre 2009.

**6.** A l'audience de mesures provisionnelles du 28 février 2011, le juge instructeur a procédé à l'audition, en qualité de témoins, d'H. \_\_\_\_\_ et d'B. \_\_\_\_\_.

**a)** H. \_\_\_\_\_ a travaillé en qualité d'informaticien pour la requérante du mois de janvier 2002 au mois de juillet 2007. Bien qu'il ait résilié son contrat de travail, il a quitté la société en bons termes. Il est actuellement aux services d'un ancien client de la requérante, l'entreprise J. \_\_\_\_\_ SA.

Le témoin a expliqué qu'avant le rachat de D. \_\_\_\_\_ à la fin de l'année 2007, l'ambiance au sein de l'entreprise était familiale. Il s'y était fait des amis. Les nouveaux responsables de la requérante avaient promis que rien ne serait changé et qu'ils poursuivraient les activités dans la même logique de travail. Le témoin a toutefois constaté de petites modifications, notamment une diminution des contacts des collaborateurs avec la clientèle. Il avait de nombreux a priori sur les repreneurs et certains se sont vérifiés. H. \_\_\_\_\_ a confirmé avoir entendu R. \_\_\_\_\_ invectiver l'intimé et a précisé qu'il ne souhaitait pas être confronté à ce type de comportement. Beaucoup d'employés de la requérante ont démissionné en raison de cet événement. Le témoin a résilié son contrat de travail, parce que cela ne lui plaisait pas de travailler pour la requérante. K. \_\_\_\_\_ a donné sa démission le même jour au motif qu'il "ne la sentait pas". Ils ont été les premiers à démissionner. O. \_\_\_\_\_ ne souhaitait également plus rester et a résilié son contrat. Le témoin a confirmé qu'il y avait eu un important roulement au niveau des employés et qu'il ne devait rester que deux collaborateurs de l'époque où il travaillait pour la requérante.

H.\_\_\_\_\_ a confirmé que des clients de la requérante avaient résilié leur contrat de maintenance. Il a indiqué qu'au mois de novembre 2009, la société J.\_\_\_\_\_SA avait reçu de la requérante un nouveau contrat de maintenance qui prévoyait une augmentation de la redevance de 12 à 18 % et une prolongation de la durée du contrat d'un an à trois ans. Certaines sociétés, qui avaient peu de licences "F.\_\_\_\_\_", ont accepté ces modifications parce qu'elles avaient peu d'effets. Selon le témoin, ces modifications n'étaient pas justifiées, d'autant plus qu'en raison des démissions en son sein du personnel qualifié, la requérante n'avait plus de collaborateurs ayant des connaissances suffisantes du logiciel "F.\_\_\_\_\_". Les employés de la requérante ne connaissaient d'ailleurs pas les spécificités de son employeur, J.\_\_\_\_\_SA, qui était le meilleur client au niveau licence "F.\_\_\_\_\_" et qui disposait de cinquante-deux utilisateurs. Il y avait à son sens trop d'interlocuteurs différents et à chaque demande, le témoin devait réexpliquer toutes les spécificités de sa société. A une occasion, le témoin a même dû dicter à un employé de la requérante où intervenir dans le code source. Les employés de la requérante ne pouvaient ainsi pas répondre aussi bien aux demandes, ce qui a entraîné une perte de confiance des clients. Le témoin a déclaré que la requérante n'était pas intéressée par le logiciel "F.\_\_\_\_\_" au vu du peu d'employés qui s'en occupaient et du turn-over.

Interrogé sur ce point, il a déclaré que la diminution du nombre de clients de la requérante était due à son avis à l'augmentation des prix signifiée par la requérante, à la prolongation de la durée des contrats exigée par celle-ci et au manque de connaissances internes du logiciel "F.\_\_\_\_\_", non aux activités de l'intimé. A sa connaissance, l'intimé n'a pas violé la clause de non-concurrence. Le témoin a encore indiqué que la société J.\_\_\_\_\_SA avait opté pour un autre logiciel ERP, le logiciel "F.\_\_\_\_\_" n'étant pas de niveau international. Il a précisé que la société J.\_\_\_\_\_SA n'était pas cliente d'I.\_\_\_\_\_.

H.\_\_\_\_\_ a indiqué que le club des utilisateurs "F.\_\_\_\_\_" avait été constitué à la suite de la réception par les clients de la requérante des nouveaux contrats de maintenance. Il avait été créé dans

le but d'échanger des fonctionnalités et des méthodes de travail mais également de constituer un groupe de pression. Le club ne s'est réuni qu'à une seule reprise. Le forum du club n'a plus d'activités depuis le mois de mars 2010. Il a précisé que certains membres du club avaient abandonné le logiciel "F.\_\_\_\_\_" pour les solutions " [...]" ou " [...]". Il ne sait toutefois pas si certains sont devenus clients d'I.\_\_\_\_\_.

**b)** B.\_\_\_\_\_, qui ne connaît pas l'intimé, a été employé par la requérante du mois d'avril 2010 au mois de février 2011. Il est actuellement en litige avec celle-ci.

Le témoin a été interrogé sur les comptes-rendus établis à la suite de ses visites. Concernant sa visite auprès de la société N.\_\_\_\_\_SA, le témoin a précisé son rapport en ce sens que l'intimé avait présenté au responsable de cette société les activités de la nouvelle structure, I.\_\_\_\_\_, dont il était l'employé. Il a également précisé que le responsable de la société G.\_\_\_\_\_SA avait appris par l'intimé que le logiciel "V.\_\_\_\_\_" 7 était en fin de course, ce qui, aux dires du témoin, était vrai. Le témoin a confirmé qu'il n'y avait plus d'avenir dans ce produit.

Le témoin a expliqué que les contrats de maintenance avaient été résiliés pour différentes raisons. Certaines sociétés avaient souhaité changer de produit et ont opté pour une autre solution. Il ressort également de plaintes écrites notamment de l'entreprise Q.\_\_\_\_\_SA une forte insatisfaction relative à la qualité du travail de maintenance fourni par la requérante. D'autres plaintes écrites ainsi que des plaintes orales ont été transmises à la direction. B.\_\_\_\_\_ a indiqué que certains clients avaient résilié leur contrat en raison de l'augmentation du taux de redevance décidée par la requérante. Le témoin a précisé que l'on pouvait faire vivre un produit sans contrat de maintenance, qui est une assurance garantissant notamment un temps de réponse rapide. Selon lui, il est possible que certaines sociétés aient décidé de renoncer purement et simplement à assurer la maintenance du produit et de faire ainsi appel à la requérante au coup par coup, laquelle facturerait alors le coût de ses

prestations. L'essentiel des clients perdus par la requérante l'ont été pour ces motifs et non en raison de l'activité de l'intimé. Le témoin ne voit d'ailleurs pas quand ou comment l'intimé aurait commis des actes de concurrence.

S'agissant du logiciel "V.\_\_\_\_\_", B.\_\_\_\_\_ a comparé la version 5 à un petit véhicule hybride et la version 7 à une " [...]" de dix ans. Il a ainsi expliqué que la version 5 offre des fonctionnalités moins étendues et moins développées que la version 7. Si une société souhaite par exemple interagir avec une filiale à l'étranger, "V.\_\_\_\_\_" 7 serait toutefois plus adapté. "V.\_\_\_\_\_" 7 n'est donc pas forcément destiné à une entreprise plus grande mais à une entreprise avec des demandes de fonctionnalités plus étendues.

**7. a)** Par requête de mesures provisionnelles et préprovisionnelles du 20 décembre 2010, W.\_\_\_\_\_ a pris, avec suite de frais et dépens, contre P.\_\_\_\_\_ les conclusions suivantes :

*"Par la voie de mesures d'extrême urgence :*

1. Faire interdiction à Monsieur P.\_\_\_\_\_ de commercialiser de manière directe ou indirecte, toute offre Editeur référencée par le Groupe W.\_\_\_\_\_, de démarcher, de manière directe ou indirecte, le parc Client avec une offre concurrente, de démarcher, de manière directe ou indirecte, les prospects faisant parties du portefeuille passé ou en cours.
2. Faire interdiction à Monsieur P.\_\_\_\_\_ de facturer directement ou indirectement toute prestation à des clients ou anciens clients de la Requérante et l'interdire de proposer, de vendre des logiciels de gestion, et des contrats des maintenances.
3. Prononcer les interdictions visées sous chiffres 1 et 2 sous la menace des peines prévues par la loi, notamment par l'art. 292 CP qui dispose 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 ».*

4. Dispenser la Requérante de fournir des sûretés.

5. Dire que l'ordonnance est immédiatement exécutoire et restera en vigueur jusqu'à décision sur mesures provisionnelles.

Par la voie de mesures provisionnelles :

6. Faire interdiction à Monsieur P. \_\_\_\_\_ de commercialiser de manière directe ou indirecte, toute offre Editeur référencée par le Groupe W. \_\_\_\_\_, de démarcher, de manière directe ou indirecte, le parc Client avec une offre concurrente, de démarcher, de manière directe ou indirecte, les prospects faisant parties du portefeuille passé ou en cours.
7. Faire interdiction à Monsieur P. \_\_\_\_\_ de facturer directement ou indirectement toute prestation à des clients ou anciens clients de la Requérante et l'interdire de proposer, de vendre des logiciels de gestion et des contrats des maintenances.
8. Prononcer les interdictions visées sous chiffres 6 et 7 sous la menace des peines prévues par la loi, notamment par l'art. 292 CP qui dispose 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 ».*

9. Dispenser la Requérante de fournir des sûretés.
10. Dire que l'ordonnance est immédiatement nonobstant recours ou appel."

Par ordonnance de mesures préprovisionnelles du 21 décembre 2010, le juge instructeur de la Cour civile a interdit à l'intimé P. \_\_\_\_\_, sur le territoire de la Suisse romande, de commercialiser de manière directe ou indirecte, toute offre Editeur référencée par le Groupe W. \_\_\_\_\_, de démarcher, de manière directe ou indirecte, le parc Client avec une offre concurrente, ou de démarcher, de manière directe ou indirecte, les propects faisant parties du portefeuille passé ou en cours (I), assorti l'interdiction qui précède de la menace de la peine d'amende prévue par l'art. 292 du Code pénal suisse (II), rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (III), déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire et dit qu'elle resterait en vigueur jusqu'à droit connu sur le sort de la procédure provisionnelle (IV).

Dans des déterminations du 18 février 2011, l'intimé a pris, avec suite de frais et dépens, les conclusions suivantes :

"Principalement

1. La requête de mesures provisionnelles est rejetée.

subsidiairement, et reconventionnellement pour le cas où la requête serait admise,

2. Astreint W.\_\_\_\_\_ à déposer au greffe de la Cour civile un montant à titre de sûretés qui ne sera pas inférieur à 100'000 francs."

**b)** Les pièces 107, 111, 112 (2<sup>ème</sup> page), 121 à 123, 125 et 126 produites par l'intimé doivent être retranchées conformément à l'art. 177 du Code de procédure civile vaudois du 14 décembre 1966 (ci-après : CPC-VD; RSV 270.11).

### **En droit :**

**I.** La requérante W.\_\_\_\_\_ a pris par voie de mesures provisionnelles des conclusions tendant, en substance, à la cessation par l'intimé P.\_\_\_\_\_ de l'activité interdite par la clause de non-concurrence prévue à l'art. 8 du contrat d'agent commercial conclu le 8 septembre 2008 par les parties.

L'intimé a conclu principalement au rejet de la requête et reconventionnellement à la fourniture de sûretés.

**II. a)** A teneur de l'art. 404 al. 1 du Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (ci-après : CPC; RS 272), les procédures en cours à l'entrée en vigueur du CPC sont régies par l'ancien droit de procédure jusqu'à la clôture de l'instance. Cette règle vaut pour toutes les procédures en cours, quelle que soit leur nature, donc y compris pour les mesures provisionnelles (Tappy, Le droit transitoire applicable lors de

l'introduction de la nouvelle procédure civile unifiée in JT 2010 III 11, p. 19). La compétence à raison du lieu est régie par le nouveau droit. Toutefois, la compétence conférée en application de l'ancien droit est maintenue (art. 404 al. 2 CPC). La validité d'une clause d'élection de for est déterminée selon le droit en vigueur au moment de son adoption (art. 406 CPC).

Aux termes de l'art. 166 du Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010 (RSV 211.02), les règles de compétences matérielles applicables avant l'entrée en vigueur de la présente loi demeurent applicables aux causes pendantes devant les autorités civiles ou administratives. Il en va de même des règles de procédure, y compris pour la procédure de recours.

**b)** En l'espèce, la requête a été déposée le 20 décembre 2010, soit avant l'entrée en vigueur du CPC. L'instance a donc été ouverte sous l'empire du CPC-VD et n'est pas close à ce jour. Il convient dès lors d'appliquer le CPC-VD, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010, à la présente cause. Les dispositions de la loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 (ci-après : LOVJ; RSV 173.01) et de l'ancienne loi fédérale sur les fors en matière civile (ci-après : aLFors), dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010, sont également applicables.

**III. a)** En matière de mesures provisionnelles, l'art. 33 aLFors dispose qu'est impérativement compétent pour ordonner les mesures provisionnelles, le tribunal du lieu dans lequel est donnée la compétence pour connaître de l'action principale ou le tribunal du lieu dans lequel la mesure devra être exécutée.

A teneur de l'art. 9 aLFors, sauf disposition légale contraire, les parties peuvent convenir d'un tribunal appelé à trancher un différend présent ou à venir résultant d'un rapport de droit déterminé. Sauf disposition conventionnelle contraire, l'action ne peut être intentée que

devant le tribunal choisi. Si le for choisi n'existe pas, on ne pourra convertir le choix. La clause sera nulle (Donzallaz, Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile, 2001, n. 105 ad art. 9 aLFors; Wirth, Gerichtsstandsgesetz, 2001, n. 59 ad art. 9 aLFors).

Les actions fondées sur le droit du travail sont de la compétence du tribunal du domicile ou du siège du défendeur ou le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail (art. 24 al. 1 aLFors). Le for prévu par cette disposition ne saurait toutefois être utilisé pour des litiges reposant sur un contrat d'agence (Donzallaz, op. cit, n. 11 ad art. 24 aLFors; Gross, Gerichtsstandsgesetz, n. 46 ad art. 24 aLFors).

L'art. 3 aLFors prévoit, pour les actions dirigées contre une personne physique, un for au domicile de cette personne.

**b)** En l'espèce, les parties admettent avoir conclu le 8 septembre 2008 un contrat d'agence (art. 1 ss et 418a ss CO [loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse, Livre cinquième : Droit des obligations; RS 220]) qui prévoit que tous litiges auxquels cet accord pourrait donner lieu serait de la compétence exclusive du Tribunal de Commerce de Genève, même en cas de mesures urgentes (art. 11 du contrat). Il convient toutefois de constater *prima facie* la nullité de cette clause de prorogation de compétence dès lors que le tribunal désigné par les parties n'existe pas (art. 1 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010; RSG E 2 05). En vertu de l'art. 3 aLFors et dans la mesure où l'intimé est domicilié dans le canton de Vaud, les autorités judiciaires vaudoises sont donc compétentes *ratione fori* pour connaître du litige.

La Cour civile est compétente pour les causes patrimoniales dont la valeur litigieuse est supérieure à 100'000 fr. et qui ne sont pas attribuées par la loi à une autre autorité (art. 74 al. 2 LOJV). Son juge instructeur est compétent pour ordonner des mesures provisionnelles (art.

103 al. 1 CPC-VD). La compétence du juge de céans est ainsi donnée, la valeur litigieuse étant apparemment supérieure à 100'000 francs. Les parties n'ont du reste pas contesté une telle compétence.

**IV. a)** En vertu de l'art. 418d al. 2 CO, les dispositions sur le contrat de travail (art. 340 à 340c CO) sont applicables par analogie à l'obligation contractuelle de l'agent de ne pas faire concurrence au mandant après la fin du contrat (Tercier/Favre/Conus, Les contrats spéciaux, 4<sup>ème</sup> éd. 2009, n. 5750, p. 869; Dreyer, Commentaire romand, n. 7 ad art. 418d CO; Wettenschwiler, Basler Kommentar, 4<sup>ème</sup> éd. 2007, n. 5 ad art. 418d CO).

C'est le droit cantonal qui détermine si et à quelles conditions l'employeur peut obtenir une protection provisionnelle (ATF 131 III 473 c. 2.1, JT 2005 I 305 et les références citées). Aux termes de l'art. 101 al. 1 ch. 1 CPC-VD, des mesures provisionnelles peuvent être ordonnées en tout état de cause, même avant l'ouverture d'action, en cas d'urgence, pour protéger le possesseur dans ses droits (let. a), pour prévenir tout changement d'état de l'objet litigieux (let. b) ou pour écarter la menace d'un dommage difficile à réparer (let. c).

**b)** Par essence, les mesures provisionnelles doivent être prononcées rapidement. A ce stade de la procédure, le juge n'a pas à trancher le droit litigieux; il lui suffit de constater que le bien-fondé de la requête apparaît vraisemblable *prima facie* (TF 4P.222/2006 du 21 décembre 2006 c. 2; ATF 108 II 69 c. 2a et les références citées, JT 1982 I 528; Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, 3<sup>ème</sup> éd., Lausanne 2002, n. 1 ad art. 101 CPC-VD et les références citées; Pelet, Réglementation fédérale des mesures provisionnelles et procédure civile cantonale contentieuse, thèse Lausanne 1986, nn. 57 ss et 61).

S'agissant des faits, le requérant n'a pas à établir, au sens d'une preuve complète, les allégations sur lesquelles il fonde sa requête. Il suffit qu'il les rende vraisemblables (RSPI 1994 p. 200; SJ 1989 p. 642; JT

1988 III 109 c. 3a et les références citées; ATF 108 II 69 c. 2a, rés. in JT 1982 I 528; Pelet, op. cit., nn. 57 et 60). Rendre vraisemblables les faits allégués ne signifie pas convaincre le juge de leur exactitude mais lui donner l'impression, par des indices objectifs, que les faits en cause ont une certaine probabilité, sans qu'une réalité différente soit totalement exclue (ATF 104 Ia 408 c. 4; ATF 99 II 344 c. 2b, rés. in JT 1974 I 540; ATF 88 I 11 c. 5a, JT 1962 I 590; Pelet, op. cit., n. 57). Le juge doit à tout le moins attribuer une probabilité plus grande à la survenance des faits qu'à leur contraire. Il ne suffit cependant pas que les prétentions du requérant apparaissent comme simplement défendables. De simples allégations ne suffisent pas à fonder la vraisemblance (RSPI 1990 p. 174 c. 2a; Schlosser, Les conditions d'octroi des mesures provisionnelles en matière de propriété intellectuelle et de concurrence déloyale, in Sic! 2005 p. 339, p. 342 et les références citées).

Les mesures provisionnelles étant destinées à protéger provisoirement un droit faisant, ou devant faire l'objet d'un procès au fond (principe de l'accessoriété de la procédure de mesures provisionnelles à celle du fond), le juge des mesures provisionnelles doit, outre la vraisemblance des faits, examiner provisoirement le fondement de la prétention au fond; se limitant à un examen sommaire ne préjugant pas le fond du litige, il doit accorder la protection requise si, sur la base d'un examen sommaire des questions de droit, la prétention invoquée au fond ne se révèle pas dénuée de chances de succès (RSPI 1994 p. 200; SJ 1989 p. 642; JT 1988 III 109; ATF 108 II 69 c. 2a, rés. in JT 1982 I 528, et les références; Pelet, op. cit., nn. 61 ss).

Le degré de vraisemblance requis, de même que le caractère plus ou moins sommaire de l'examen du fondement juridique de la prétention, ressortissent à l'appréciation du juge, qui doit adapter ses exigences à l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. Il tiendra compte notamment de la nature des faits constatés, de l'urgence de la situation et de l'importance du préjudice que la protection envisagée ou son défaut risquerait d'occasionner à l'une ou l'autre des parties (Pelet, op. cit., nn. 58, 66 et 77). Le juge doit procéder à la mise en balance des

intérêts contradictoires, c'est-à-dire à l'appréciation des désavantages respectifs pour le requérant et pour l'intimé, selon que la mesure requise est ordonnée ou refusée (ATF 131 III 473 c. 2.3, JT 2005 I 305; Hohl, Procédure civile, t. II, n. 2820 [cité ci-après : Hohl, Procédure civile]; Favre/Munoz/Tobler, Le contrat de travail, code annoté, 2<sup>ème</sup> éd. 2010, n. 3.4 ad art. 340b CO).

**c)** Des exigences beaucoup plus élevées sont néanmoins posées pour les mesures provisionnelles tendant à une exécution anticipée, lesquelles ont par exemple pour objet des prestations en argent ou des obligations de s'abstenir ou de faire, dès lors qu'elles portent une atteinte particulièrement grave à la situation juridique de l'intimé en restreignant ou en supprimant, provisoirement ou définitivement, les droits privés de celui-ci. Tel est en particulier le cas lorsque la décision sur la mesure requise est susceptible d'avoir un effet définitif parce que le litige n'a plus d'intérêt au-delà du stade des mesures provisionnelles, ce qui se produit par exemple en matière d'interdiction de faire concurrence, selon l'art. 340b al. 3 CO, lorsqu'il est presque certain que le délai maximal de prohibition de trois ans (art. 340a al. 1 CO) sera expiré à l'issue de la procédure au fond, dont le jugement deviendra sans objet ou lorsque le requérant, dès qu'il a obtenu l'exécution anticipée, n'a plus d'intérêt à valider la mesure en introduisant une action au fond (ATF 131 III 473 c. 2.3, JT 2005 I 305; Hohl, La réalisation du droit et les procédures rapides, thèse Fribourg, 1994, n. 679, [cité ci-après : Hohl, Réalisation]; Hohl, Procédure civile, t. II, nn. 2868 ss).

Ainsi, en matière de mesures d'exécution anticipée, le juge ne peut se contenter de vraisemblance quant aux faits mais doit soumettre leur établissement à des conditions de preuve strictes, après une administration des preuves complètes. En outre, il doit procéder à un examen approfondi du fondement de la cause (Hohl, Procédure civile, t. II, nn. 2868 ss). La prohibition de faire concurrence constituant une restriction importante à la liberté personnelle et une entrave certaine au développement professionnel du travailleur, le degré de vraisemblance des faits et d'apparence du droit devra être élevé (JICCIV 9 novembre

2009/161, et les références citées; Favre/Munoz/Tobler, op. cit., n. 3.3 ad art. 340b CO). La protection juridique provisoire ne doit donc être accordée que lorsque la demande apparaît fondée de manière relativement claire, au vu de l'état de fait rendu vraisemblable (ATF 131 III 473 c. 3.2, JT 2005 I 305; JICCIV 9 novembre 2009/161, et les références citées; Hohl, Réalisation, n. 683).

**d)** En résumé, plus les mesures provisionnelles sont susceptibles de porter atteinte à la situation du travailleur ou de l'agent, plus les inconvénients subis par l'employeur doivent l'emporter dans la pesée des intérêts contradictoires et plus la demande au fond doit être assortie de grandes chances de succès. La pesée des intérêts en présence, indissociable de toute procédure de mesures provisionnelles, revêt ainsi une importance encore plus décisive en matière d'interdiction provisoire de faire concurrence (ATF 131 III 473 c. 3.2, JT 2005 I 305).

**V.** La requérante fonde sa requête sur la clause de non-concurrence contenue dans le contrat d'agence la liant à l'intimé. Dès lors qu'elle doit rendre vraisemblable une prétention au fond, en l'occurrence le droit à la cessation de la contravention à la clause de prohibition de faire concurrence, il convient de rappeler ici les conditions auxquelles celle-ci peut être admise.

**a)** Aux termes de l'art. 340b al. 3 CO applicable par analogie au contrat d'agence, l'employeur peut exiger, s'il s'en est expressément réservé le droit par écrit, outre la peine conventionnelle et les dommages-intérêts supplémentaires éventuels, la cessation de la contravention, lorsque cette mesure est justifiée par l'importance des intérêts lésés ou menacés de l'employeur et par le comportement du travailleur (Dreyer, op. cit., n. 11 ad art. 418d CO; Tercier/Favre/Eigenmann, Les contrats spéciaux, 4<sup>ème</sup> éd. 2009, nn. 3855 à 3857, p. 575; Cotti, Das vertragliche Konkurrenzverbot, thèse Fribourg 2001, p. 281; Gautschi, Berner Kommentar, 1964, n. 8c ad art. 418d CO).

**b)** Pour qu'une interdiction de concurrence soit prononcée par voie de mesures provisionnelles, un certain nombre de conditions formelles et matérielles doivent être réalisées.

D'une part, l'employeur doit avoir respecté la forme écrite (ATF 113 III 473 c. 3.2, JT 2005 I 305). La doctrine est divisée sur la question de savoir si la possibilité de requérir l'exécution réelle dépend d'un accord écrit lorsque le contrat ne prévoit pas de peine conventionnelle, l'art. 340b al. 3 CO étant peu clair à cet égard. Suivant la doctrine majoritaire, il y a toutefois lieu de considérer que l'exécution réelle dépend toujours d'une réserve écrite. L'exécution réelle est en effet une exception et il ne se justifie pas de défavoriser le travailleur dont le contrat ne prévoit pas de peine conventionnelle, en autorisant l'employeur à requérir l'exécution réelle alors qu'il ne s'en est pas réservé le droit. L'exécution réelle est une *ultima ratio* et le juge n'y donnera suite que de manière très restrictive, vu les incidences économiques que présente l'interdiction d'exercer une profession pour un travailleur (JICCIV 30 mars 2005/55/PMR c. III.b; Wyler, Droit du travail, 2<sup>ème</sup> éd. 2008, pp. 612-613).

D'autre part, la lésion ou la mise en danger des intérêts de l'employeur, ainsi que le comportement du travailleur, doivent justifier l'interdiction ou la suspension de l'activité concurrente. Ces deux dernières conditions matérielles sont cumulatives. Il y aura ainsi lieu d'accorder la mesure provisionnelle lorsque l'employeur rend vraisemblable que le dommage qu'il subit est considérable et difficilement réparable, notamment en raison de l'écoulement du temps, et que la violation de son engagement contractuel par le travailleur apparaît particulièrement lourde et contraire à la bonne foi. La seule violation de la clause de prohibition de concurrence n'est pas en elle-même suffisante (ATF 131 III 473 c. 3.2, JT 2005 I 305; Favre/Munoz/Tobler, op. cit., n. 3.3 ad art. 340b CO).

**c)** En l'espèce, le contrat d'agent commercial signé le 8 septembre 2008 par les parties prévoit à son art. 8 une clause aux termes de laquelle l'intimé s'engage à s'abstenir de faire concurrence à la requérante dans un délai de trois ans suivant la fin d'activité effective du

contrat. Cette clause ne contient toutefois pas de réserve expresse du droit de la requérante d'obtenir l'exécution réelle de la prohibition de faire concurrence. La requérante ne s'est ainsi pas réservée par écrit le droit d'exiger la cessation d'une éventuelle contravention à la prohibition de concurrence; elle ne peut donc pas exiger son respect par le biais d'une action en cessation de concurrence.

Il s'ensuit qu'une interdiction de concurrence par voie de mesures provisionnelles est hautement improbable, voire exclue. Les conclusions provisionnelles 6 à 8 de la requérante doivent ainsi être rejetées.

**d)** Au demeurant et à supposer même qu'elle se soit expressément réservée ce droit par écrit, la requérante n'a pas prouvé, ni même rendu vraisemblable que son dommage serait considérable et difficilement réparable et que la violation de la clause d'interdiction de concurrence par l'intimé serait contraire au principe de la bonne foi.

En particulier, la requérante allègue avoir constaté, depuis le départ de l'intimé, une baisse de plus de 70 % du chiffre d'affaires relatif à la vente du système "V.\_\_\_\_\_", de 63 % du chiffre d'affaires relatif à la maintenance du système et de plus de 85 % du chiffre d'affaires relatif aux prestations de service. Toutefois, les pièces produites à l'appui de ses allégations ne sauraient à elles seules être tenues pour probantes puisque ces pièces ont été établies par la partie elle-même. La réalité des chiffres apparaissant dans ces pièces n'a en effet pas été corroborée par des témoins. Or, il eût été simple, de la part de la requérante, de faire entendre comme témoin un comptable, ou un employé s'occupant de la vente des produits en cause. Il est vrai que les deux témoins entendus lors de l'audience ont attesté que le nombre de clients "V.\_\_\_\_\_" ou "F.\_\_\_\_\_" de la requérante avaient dû diminuer, de même que le nombre de contrats de maintenance. Ces témoins ont cependant décrit, de manière précise et concordante, les causes de ces diminutions : il s'agit des augmentations de coût signifiées par la requérante à fin 2010 et de l'insatisfaction des clients due au fait que toutes les personnes qualifiées

au sein de la requérante avaient donné leur démission, si bien que le service fournir était très défaillant; les deux témoins ont du reste estimé que, pratiquement, la requérante se désintéressait des produits en cause, qui étaient en bout de course.

Dans ces circonstances, la requérante n'a pas rendu vraisemblable ni même plausible que les diminutions des chiffres d'affaires ou que les résiliations des contrats de maintenance seraient dues aux agissements de l'intimé. Les deux témoins attestent même du contraire. Ils attestent aussi que les départs de très nombreux employés de la requérante n'ont pas pour origine un soi-disant débauchage de ceux-ci par l'intimé, mais leur insatisfaction à œuvrer dans la nouvelle structure.

**VI.** Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire de procéder à un examen détaillé de l'existence d'une violation des prescriptions de la loi fédérale contre la concurrence déloyale, du 19 décembre 1986 (RS 241), par l'intimé. Il suffit de constater que la requérante n'a pas rendu vraisemblable que les actes qu'elle reproche à l'intimé auraient influencé le fonctionnement du marché des logiciels ERP et BI. En particulier, comme déjà dit, aucun élément probant n'indique que la diminution des chiffres d'affaires ainsi que les résiliations des contrats de maintenance seraient dues aux agissements de l'intimé, ni que celui-ci se serait livré à un quelconque débauchage des employés de la requérante.

**VII.** Au vu de ce qui précède, les conclusions prises par la requérante doivent être intégralement rejetées et l'ordonnance de mesures préprovisionnelles du 21 décembre 2010 révoquée. Les conclusions en fourniture de sûretés prises par l'intimé n'ont dès lors plus d'objet.

**VIII.**        **a)** Les frais de la procédure provisionnelle sont arrêtés à 1'800 fr. pour la requérante et à 250 fr. pour l'intimé (art. 4 al. 1 et 170a TFJC [tarif du 4 décembre 1984 des frais judiciaires en matière civile]).

**b)** Obtenant gain de cause, l'intimé a droit à des dépens qu'il convient d'arrêter à 1'750 fr., à la charge de la requérante (art. 91 let. a et c et 92 al. 1, 109 CPC-VD; art. 2 al. 1 ch. 2, 3, 5 et 4 al. 2 TAv [tarif des honoraires d'avocat dus à titre de dépens du 17 juin 1986]).

**Par ces motifs,  
le juge instructeur,  
statuant à huis clos et  
par voie de mesures provisionnelles :**

- I.** Rejette la requête de mesures provisionnelles déposée le 20 décembre 2010 par la requérante W. \_\_\_\_\_ à l'encontre de l'intimé P. \_\_\_\_\_.
- II.** Révoque en conséquence l'ordonnance de mesures préprovisionnelles du 21 décembre 2010.
- III.** Arrête les frais de la procédure provisionnelle à 1'800 fr. (mille huit cents francs) pour la requérante et à 250 fr. (deux cent cinquante francs) pour l'intimé.
- IV.** Condamne la requérante W. \_\_\_\_\_ à verser à l'intimé P. \_\_\_\_\_ le montant de 1'750 fr. (mille sept cent cinquante francs) à titre de dépens de la procédure provisionnelle.
- V.** Rejette toutes autres ou plus amples conclusions.

**VI.** Déclare la présente ordonnance immédiatement exécutoire, nonobstant recours ou appel.

Le juge instructeur :

F. Byrde

Le greffier :

N. Ouni

Du

L'ordonnance qui précède, dont le dispositif a été expédié pour notification aux parties le 4 mars 2011, lue et approuvée à huis clos, est notifiée, par l'envoi de photocopies, aux conseils des parties.

Les parties peuvent faire appel auprès de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal dans les dix jours dès la notification de la présente ordonnance en déposant auprès de l'instance d'appel un appel motivé, en deux exemplaires. La décision qui fait l'objet de l'appel doit être jointe au dossier.

Le greffier :

N. Ouni