

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 9 décembre 2016

Composition : Mme ROULEAU, présidente
Mme Byrde et M. Maillard, juges
Greffier : M. Elsig

Art. 271 al. 1 ch. 4, 278 al. 3 LP ; 340 al. 2, 340a al. 1 CO

La Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal, statuant à huis clos en sa qualité d'autorité de recours en matière sommaire de poursuites, s'occupe du recours exercé par **E._____ SA**, à [...], contre le prononcé rendu le 8 août 2016, à la suite de l'audience du même jour, par la Juge de paix du district de l'Ouest lausannois, dans la cause opposant la recourante à **J._____**, à [...] (France).

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. a) Le 7 juin 2016, se fondant sur l'art. 271 al. 1 ch. 4 LP (loi sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889; RS 281.1), E. _____ SA, à [...], a requis du Juge de paix du district de l'Ouest lausannois, avec suite de frais et dépens, qu'il ordonne contre J. _____, à [...] (France), le séquestre de la quotité saisissable de son salaire, en mains de son employeur S. _____ SA, à [...], à concurrence d'un montant de 28'132 fr. 50 (I), sans la fourniture de sûretés (II). A l'appui de sa requête, elle a produit les pièces suivantes :

- un extrait du Registre du commerce relatif à la requérante du 6 juin 2016, ayant pour but social la « conception, réalisation, supervision et entretien de réseaux informatique ; conception et réalisation de logiciels ; commerce de logiciels et de matériel informatique ; formation, conseil et délégation de personnel informatique » ; C. _____ en est administrateur président ;

- un contrat de travail conclu le 29 octobre 2010 entre la requérante, en qualité d'employeur, d'une part, et J. _____, en qualité d'employé, d'autre part, conclu pour une durée indéterminée, prévoyant que celui-ci est engagé comme « technicien système avec statut d'employé » à un taux de 100 % moyennant un salaire annuel brut de 60'000 francs (soit 5'000 fr. brut servis douze fois), son lieu de travail principal étant [...] ; ce contrat contient, sous chiffre 22, une clause d'interdiction de concurrence qui a la teneur suivante :

« L'employé s'engage, à l'issue des rapports de travail, à ne concurrencer d'aucune manière l'entreprise pendant 1 année dans un rayon de (100) km autour de son poste de travail. Relèvent notamment de l'interdiction de faire concurrence les clients actuels de l'entreprise. Il s'engage notamment à n'exploiter, ni pour lui-même ni pour le compte de tiers, aucune affaire qui se trouverait en concurrence avec l'entreprise ou dont les buts correspondraient à ceux de l'entreprise, d'y exercer une activité quelconque ou de prendre part directement ou indirectement dans une telle entreprise.

Pour chaque infraction à cette interdiction de concurrence, l'employé doit à l'entreprise une amende conventionnelle d'un montant de 5 fois le salaire mensuel brut (y compris le revenu variable et d'éventuelles bonifications particulières) comme cela existe lors de l'expiration des rapports de travail. Le versement de l'amende conventionnelle ne libère pas l'employé de son obligation de continuer à respecter l'interdiction de faire concurrence. Lorsque le dommage causé dépasse l'amende conventionnelle, la préservation de l'ensemble du dommage reste réservée.

L'entreprise est autorisée, outre la fourniture de l'amende conventionnelle et au remplacement du dommage complémentaire, à exiger la suppression immédiate de l'objet s'opposant au contrat (exécution réelle). »

- un lot de douze factures adressées par la requérante à O._____ pour le support technique fourni par J._____ seul, du 1^{er} janvier au 31 juillet, pour des montants mensuels compris entre 14'288 fr. et 19'673 fr. 28, puis par ce dernier et MM. M._____ et P._____ en août 2013, pour 18'912 fr. 96, puis encore par J._____ et P._____ durant la fin de l'année 2013 pour des montants mensuels compris entre 32'344 fr. 92 et 38'636 fr. 46 ;

- un courrier du 21 novembre 2013 à son employeur par lequel J._____ déclare résilier son contrat de travail pour le 31 janvier 2014, « ayant une opportunité de travailler dans une entreprise avec un salaire plus intéressant » ;

- un extrait du Registre de commerce du 6 juin 2016 concernant S._____ SA, à [...], inscrite le 16 janvier 2014, ayant notamment pour but l'assistance et le conseil en matière informatique, et dont l'administrateur unique est X._____ ;

- un contrat de travail conclu le 10 décembre 2013 entre A._____ SA (sic), sur papier à en-tête de S._____ SA et avec le timbre humide de cette même société, à [...], en qualité d'employeur, d'une part, et J._____, en qualité d'employé, d'autre part, conclu pour une durée indéterminée, prévoyant que celui-ci est engagé comme « technicien système avec statut d'employé » à un taux de 100 % moyennant un

salaire brut mensuel de 6'000 fr., et de 6'500 fr. dès le 1er août 2014, son lieu de travail principal étant [...] ;

- des fiches de salaire de février 2014 à avril 2015, qui correspondent à ce contrat ;

- un « profil » de J._____ établi par la requérante, dont il ressort les compétences professionnelles suivantes :

« Systèmes d'exploitation côté serveurs :

Microsoft Windows 2000, NT

- Administration, gestion des utilisateurs et des ressources partagées, sauvegardes restauration TSM, etc.
- Maintenance, dépannage et résolution de problèmes

Formations spécifiques :

- Formation Active Directory
- Formation Microsoft Windows XP
- . Microsoft Windows 2000 pro et serveurs

Systèmes d'exploitation côté clients :

Microsoft Windows 8, seven, XP, 2000, NT, 98, 95

- Installation, configuration, maintenance
- Dépannage, résolution de problèmes

Réseaux :

- Connaissance et gestion des réseaux TCP/IP
- Réseaux physiques : Hubs, switch, baies de brassage

Bureautique :

Installation, configuration, utilisation et support utilisateurs

- Microsoft Office 2010
- Microsoft Access 2000
- Lotus Notes 6.5, Outlook 2010
- SAP, BAAN (ERP)

Logiciels d'administration :

- Intel LANDesk (prise de main à distance)

- Networker (gestion de sauvegardes) TSM Tivoli
- Hyena (administration)
- SCCM » ;

- un profil de J._____ établi par S._____ SA dont il ressort que sa fonction est celle de technicien ;

- le profil LinkedIn de J._____, qui mentionne que, pour son ancien et son nouvel employeur, il est « Support technique boutique [...] » pour les activités identiques suivantes :

« Support Service Desk niveau 1

- remote assistance
- ticketing Service Now
- réception téléphonique
- rédaction modes opératoires
- contact avec différents fournisseurs pour le retour matériel en panne

Support Service Desk niveau 2

- déplacement sur le site [...]
- installation configuration génération dépannage postes clients, smartphone, PC, Laptop moniteurs, printers.
- Support soft, installation et dépannage.
- Patchs réseaux, installation provider internet, installation switchs. »

- une lettre du 14 mars 2014 adressée par le conseil de la requérante à J._____, déclarant que celle-ci avait appris son récent engagement par S._____ SA, une concurrente directe, et que dès lors l'amende conventionnelle d'un montant correspondant à cinq salaires bruts prévue à l'art. 22 du contrat qui les avait liés était exigible ; le conseil proposait la tenue d'un rendez-vous, à défaut de quoi il agirait par toutes voies utiles ;

- une plainte pénale déposée par la requérante auprès du Procureur général du canton de Genève contre X._____, pour gestion déloyale, abus de confiance, faux dans les titres et concurrence déloyale (art. 23 en relation avec l'art. 4 let. a LCD) ; la requérante y fait valoir que X._____

a été son employé jusqu'en 2005, a rempli postérieurement pour elle des mandats à titre de consultant, puis au courant de l'année 2013 a nourri le projet de créer une société concurrente à même de débaucher certains de ses clients, dont en particulier O.____ ; il a informé la requérante qu'O.____ souhaitait que J.____, qui était détaché auprès d'O.____, soit remplacé par un autre technicien, en la personne de P.____ ; la requérante aurait alors demandé à X.____ d'enquêter au sujet des raisons de cette demande, ce que ce dernier n'aurait pas fait, ayant déjà l'intention d'embaucher J.____ au sein de la société qu'il créerait, et qu'il a créée en janvier 2014, juste avant que J.____ commence à travailler pour elle, le 1^{er} février 2014; s'agissant de l'infraction à la LCD, la requérante fait reproche à X.____ d'avoir incité J.____ à enfreindre l'obligation de non-concurrence contenue dans son contrat pour l'engager au sein de S.____ SA ; elle dit que cette incitation est d'autant plus grave que l'intéressé était détaché auprès de l'O.____ lorsqu'il l'a informée de sa démission et qu'il a poursuivi ses activités pour O.____ postérieurement à son engagement par S.____ SA ; elle relève en conclusion le rôle manifeste joué par le débauchage de J.____ par X.____ dans la perte de son client O.____, qui mandate désormais S.____ SA ;

- un procès-verbal d'audition en qualité de témoin de J.____, du 7 avril 2016, par le Ministère public de Lausanne, qui contient ce qui suit (ll. 30 ss) :

« J'étais technicien informatique auprès de O.____. J'ai commencé le 1^{er} décembre 2010. J'ai terminé le 31 janvier 2014 avec E.____ SA. Après j'ai été embauché par M. X.____ auprès de S.____ SA. J'ai été détaché de (recte : à) O.____. J'occupe toujours cette fonction actuellement. (...) J'ai reçu une meilleure proposition de salaire de S.____ SA. (...) En effet, je n'étais pas sûr de rester auprès d'E.____ SA. Je ne sais plus pourquoi. Vous me demandez d'être plus précis. Je ne sais pas. (...) M. X.____ m'a simplement demandé si je voulais travailler avec lui. Je ne suis pas au courant des tractations entre l'O.____ et M. X.____. Pour moi, c'est simplement un changement d'employeur. Pour vous répondre, M. X.____ a voulu créer S.____ SA car il n'était plus bien chez E.____ SA. (...) C'était (ndr : P.____) mon ancien

collègue de travail auprès d'E._____ SA. Il a été détaché à l'O._____. Je ne me rappelle pas les dates exactes. Selon mon souvenir, il n'y était plus quand j'ai quitté E._____ SA. Pour vous répondre, je ne sais pas s'il y a eu des discussions entre O._____ et E._____ SA sur la question de savoir si P._____ ou moi aurait pu être détaché auprès de l'O._____. (...) S'agissant de la proposition de P._____, il devait rester à l'aéroport et moi je devais partir ailleurs. La proposition a été inversée par M. C._____. Je suis resté auprès de l'O._____ (...) ».

- une lettre sur papier à en-tête de S._____ SA à J._____, signée par X._____ en tant qu'administrateur et datée du 20 novembre 2014, dans laquelle il le remercie d'avoir fait le choix de poursuivre son activité auprès de A._____ SA (sic), dont il est le premier collaborateur ; l'auteur de ce courrier précise ce qui suit :

« concernant ton départ de chez E._____ SA et ton engagement auprès de la société A._____ SA, je te confirme que si E._____ SA porte plainte à ton encontre au sujet de l'article 22 de ton contrat de travail - Interdiction de faire concurrence - la société A._____ SA (sic) prendra en charge les frais d'avocat et les éventuelles amendes associées. »

- une série de factures mensuelles de S._____ SA à la Division informatique de O._____ pour « Support technique du (...) au (...)J._____ », pour des montants mensuels, TVA comprise, compris entre 17'107 fr. 20 et 13'996 fr. 80, couvrant la période de février 2014 à février 2015.

b) Le 10 juin 2016, le juge de paix a imparti à la requérante un délai au 17 juin 2016 pour effectuer une avance de frais de 360 francs.

c) Le 17 juin 2016, le juge de paix a rendu une ordonnance prononçant le séquestre à concurrence de 28'132 fr. 50, en faveur d'E._____ SA, de « la quotité saisissable du salaire versé par S._____ SA à M. J._____ », le créancier étant dispensé de verser des sûretés. Cette ordonnance mentionnait, sous titre et date de la créance et cause de l'obligation : « Violation de l'interdiction de faire concurrence figurant

dans le contrat de travail du 29 octobre 2010 » et comme cas de séquestre celui de l'art. 271 al. 1 ch. 4 LP. Cette ordonnance a été notifiée à la requérante et communiquée à l'office des poursuites le même jour.

2. Par acte du 24 juin 2016, J._____, non assisté, a déclaré former opposition au séquestre, précisant avoir eu connaissance de l'ordonnance mais pas de son contenu par l'office le 20 juin 2016. A l'appui de son opposition, il a produit deux pièces, dont une lettre du 1^{er} avril 2014 du conseil de X._____ et de S._____ SA au conseil d'E._____ SA, aux termes de laquelle il déclare que ses clients contestent devoir quoi que ce soit ; cette lettre invoque, entre autres arguments, le fait que compte tenu des services offerts par la requérante, celle-ci devrait être au bénéfice d'une autorisation conformément à l'art. 2 de la loi sur le service de l'emploi (LSE) ; elle contient le passage suivant :

« Votre cliente accuse également mes clients d'actes de concurrence déloyale et de comportement contraire à la bonne foi en se fondant sur le fait que O._____ a aujourd'hui recours aux services de S._____ SA. Vous semblez notamment ignorer que Monsieur C._____ a indiqué à mon client, peu avant son départ d'E._____ SA, qu'il ne souhaitait plus collaborer avec O._____. Les accusations de votre cliente sont donc aussi incohérentes qu'infondées. En effet, le fait que O._____ ait décidé d'avoir recours aux services de S._____ SA ne serait pas non plus constitutif d'un acte de concurrence déloyale même si E._____ SA souhaitait poursuivre sa collaboration avec cet organisme. »

Le 20 juillet 2016, le conseil de J._____ a produit la même pièce, et a sollicité la production par E._____ SA de deux pièces, à savoir tout document en relation avec l'art. 2 LSE, et tout document démontrant les diverses interventions de son client durant sa période de collaboration pour E._____ SA. Le 25 juillet 2016, le juge de paix a donné suite à ces réquisitions de production de pièces. Le conseil d'E._____ SA a répondu que la première pièce n'existait pas et, pour la seconde, s'est contenté de renvoyer aux pièces déjà produites relatives au « profil » de l'employé.

Lors de l'audience du 8 août 2016, J._____ a confirmé ses conclusions tendant à l'admission de son opposition au séquestre, et complété celles-ci en ce sens que, subsidiairement, il a requis la fourniture de sûretés. Entendu en qualité de partie, il a déclaré avoir pris la décision de quitter son employeur en raison du fait que celui-ci ne détenait pas l'autorisation prévue par l'art. 2 LSE, ce dont X._____ l'avait informé deux ou trois mois avant. Il a admis ne pas en avoir parlé lors de sa démission, car il ne voulait pas d'histoires. Lorsque, entendu par le Procureur, il a exprimé avoir peur pour son emploi, il faisait allusion à cela. Il a ajouté ce qui suit :

« Lorsque je travaillais pour E._____ SA, j'étais mandaté pour travailler en qualité de technicien sur le site de O._____ à plein temps. Aujourd'hui, j'effectue exactement les mêmes activités sur le fond, également sur le site de O._____. Je précise qu'E._____ SA ne m'a jamais formé pour l'exécution de mes activités, j'ai toujours appris par moi-même.

J'imagine qu'au vu de la configuration actuelle, j'aurais pu directement être employé par O._____.

A l'époque, nous étions deux d'E._____ SA à travailler sur le site de O._____, il s'agissait de M. P._____. Nous répondions tous deux au téléphone. Aujourd'hui, je suis le seul sur place et je suis plus sur le terrain.

Lorsque j'ai décidé de quitter E._____ SA, il était évident, au vu des discussions que j'avais eues avec M. X._____, que je travaillerais pour O._____.

C'est uniquement parce que M. X._____ m'a assuré qu'E._____ SA était soumise à autorisation que j'en ai été convaincu.

J'ai souvenir que M. P._____ a travaillé durant trois ans auprès de O._____ par le biais de placements de longue durée à chaque fois prolongés.

Je n'ai reçu aucune formation particulière de S._____ SA. »

Quant au conseil d'E._____ SA, il a déclaré qu'à sa connaissance, l'autorité concernée n'avait jamais requis d'autorisation de sa cliente.

3. Par prononcé du 8 août 2016, la Juge de paix du district de l'Ouest lausannois a admis l'opposition au séquestre (I), révoqué

l'ordonnance de séquestre du 17 juin 2016 (II), arrêté à 360 fr. les frais judiciaires (III), mis ces frais à la charge de l'intimée (IV) et dit que celle-ci devait rembourser à l'opposant son avance de frais à concurrence de 360 fr. et lui verser en outre la somme de 1'000 fr. à titre de dépens (V). Cette décision a été notifiée le 10 août 2016 à E._____ SA qui en a requis la motivation le 22 août 2016. Les motifs lui ont été notifiés le 27 septembre 2016.

La première juge a considéré que la condition posée par l'art. 271 al. 1 ch. 4 LP de l'existence d'une reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 LP ou d'une créance en lien avec la Suisse n'était pas remplie. Elle a examiné la validité de la clause de prohibition de concurrence dont se prévaut la séquestrante conformément à l'art. 340 al. 2 CO, constaté que l'employé avait bien eu connaissance de la clientèle de son employeur, mais que, par contre, il n'avait pas été rendu vraisemblable que l'utilisation de ce renseignement était de nature à causer à son employeur un préjudice sensible ; sur ce point, elle est partie du principe que les douze factures produites par la séquestrante à l'appui de son argumentation (pour un total de 278'894 fr. 34 pour l'année 2013) n'étaient à elles seules pas probantes dès lors que le montant global du chiffre d'affaires de la séquestrante n'était pas connu. Elle en a conclu qu'il était vraisemblable que la clause de prohibition de concurrence était dépourvue de validité. Subsidiairement, elle a relevé que la fonction exercée par l'opposant n'était pas élevée, mais plutôt basique, vu le montant de son salaire, et que dans ces circonstances, la restriction à son avenir économique qui découlait de la clause litigieuse aurait dû être compensée par une indemnité de carence, inexistante en l'occurrence. Pour ces motifs, elle a considéré que la séquestrante ne rendait pas vraisemblable l'existence d'une créance en lien avec la Suisse, respectivement d'une reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 LP.

4. Par acte du 7 octobre 2016, E._____ SA a recouru contre cette décision, concluant avec suite de frais et dépens de la procédure de deuxième instance à ce que l'opposition au séquestre soit rejetée. A

l'appui de son recours, elle a produit un onglet de pièces sous bordereau contenant des pièces nouvelles.

Par mémoire du 8 novembre 2016, l'intimé a conclu, avec suite de frais et dépens des deux instances, au rejet du recours et à la confirmation du prononcé.

En droit :

I. a) Un recours au sens des art. 319 ss CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272) est ouvert contre la décision rendue sur opposition au séquestre (art. 278 al. 2 LP). Le recours s'exerce par le dépôt d'un acte écrit et motivé auprès de l'instance de recours (art. 321 al. 1 CPC), dans les dix jours suivant la notification de la décision, si elle a été prise en procédure sommaire (art. 321 al. 2 CPC), ce qui est le cas des décisions rendues en matière de séquestre (art. 251 let. a CPC).

Le recours a été formé en temps utile et est motivé. Il est donc recevable.

Déposée dans le délai de l'art. 322 al. 2 CPC, la réponse de l'intimé est également recevable.

b) En matière d'opposition au séquestre, les parties peuvent alléguer des faits nouveaux (art. 278 al. 3 LP); les pièces nouvelles sont également recevables. Cette disposition déroge à l'art. 326 al. 1 CPC et permet aux parties à un recours contre une décision sur opposition au séquestre d'alléguer des faits nouveaux. Toutefois, contrairement à ce que semble dire Jeandin (Code de procédure civile commenté, n. 4 ad art. 326 CPC) lorsqu'il précise que "l'art. 278 al. 3 LP admet tout fait nouveau", la portée de cette disposition, dont la lettre n'a pas changé, est selon la Cour de céans la même que sous l'ancien droit, en ce sens que seuls les "vrais

nova" peuvent être invoqués (Reiser, in Staehelin/Bauer/Staehelin (éd.), Basler Kommentar LP II, n. 46 ad art. 278 LP; CPF 24 mars 2016/103 ; CPF, 30 septembre 2013/397 et les réf. cit. ; CPF, 3 mai 2013/185). Les pseudo-novas ne sont quant à eux recevables qu'en tant que celui qui les allègue établit qu'ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien qu'il ait fait preuve de la diligence requise. En effet, en procédure de recours, les moyens nouveaux, admis par exception en application de l'art. 278 al. 3 LP, ne doivent en tout cas pas être admis plus largement que dans l'appel (CPF, 3 mai 2013/185). Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte, tout en précisant qu'en cas de pseudo-novas, il ne fallait pas omettre de statuer sur leur recevabilité, sous peine d'arbitraire (ATF 140 III 466).

En l'espèce, les pièces nouvelles produites par la recourante à l'appui de son recours sont des « statistiques » d'E._____ SA pour les années 2010 à 2013, datées du 6 octobre 2016, mentionnant sous forme de colonnes le chiffre d'affaires brut et net réalisé par elle durant cette période, mis en relation avec le chiffre d'affaires réalisé par elle avec le seul client O._____. Même si ces quatre pièces sont datées du 6 octobre 2016, les faits qu'elles énoncent ne sont pas de vrais novas, mais des données internes la concernant qui sont censées établir des faits antérieurs à la décision attaquée. Le chiffre d'affaires total de l'entreprise, respectivement celui réalisé avec le client O._____, pour 2010 à 2013, sont donc des pseudo-novas. La recourante ne fait pas valoir ni a fortiori n'établit qu'elle ne pouvait pas produire ces pièces auparavant, mais seulement que l'art. 278 al. 3 LP autorise l'allégation de faits nouveaux. Au vu de ce qui précède, il était loisible à la recourante de produire les pièces en question devant la première instance. Celles-ci sont donc irrecevables. De toute manière, comme on va le voir, les éléments de fait qu'elles sont censé prouver ne sont pas déterminants.

II. a) Selon l'art. 271 al. 1 ch. 4 LP, le créancier d'une dette échue et non garantie par gage peut requérir le séquestre des biens du débiteur qui se trouvent en Suisse lorsque ce dernier n'habite pas dans ce pays et

qu'il n'y a pas d'autre cas de séquestre, pour autant que la créance ait un lien suffisant avec la Suisse ou qu'elle se fonde sur une reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 al. 1 LP. Le séquestre, mesure conservatoire urgente, doit être autorisé par le juge compétent, lorsque le créancier rend vraisemblable l'existence de la créance qu'il allègue et, dans le cas de l'art. 271 al. 1 ch. 4 LP, son exigibilité (art. 271 al. 2 LP), la réalisation du cas de séquestre invoqué et l'existence de biens appartenant au débiteur (art. 272 al. 1 LP).

Sous l'empire de l'ancien droit, l'autorité saisie d'un recours contre la décision sur opposition ne disposait pas d'un pouvoir d'examen plus large que celui du juge de l'opposition; elle statuait pareillement sous l'angle de la vraisemblance de la réalisation des conditions du séquestre (von Gunten, *Die Arresteinsprache*, 2001, p. 146; Reeb, *Les mesures provisoires dans la procédure de poursuites*, in RDS 226/1997 II 421). Il suffisait ainsi que le juge, se fondant sur des éléments objectifs, acquière l'impression que les faits pertinents s'étaient produits, mais sans qu'il doive exclure pour autant la possibilité qu'ils se soient déroulés autrement (Stoffel, *Basler Kommentar LP II*, n. 3 ad art. 272 LP et la doctrine citée). On ne pouvait poser à cet égard des exigences plus strictes pour l'opposant que pour le requérant, celui-là pouvant aussi se contenter de rendre crédibles ses moyens libératoires (Reiser, *op. cit.*, n. 5 ad art. 278 LP). Le jugement devait reposer sur les faits établis au degré de la vraisemblance et sur un examen sommaire du point de droit.

Ces principes demeurent inchangés en ce qui concerne la première instance. Au stade du recours, en revanche, l'autorité de deuxième instance est désormais liée par l'état de fait établi par le juge de l'opposition au séquestre, sous réserve de la constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 let. b CPC) – grief qui se confond avec celui d'arbitraire dans l'appréciation des preuves (CPF 16 août 2016/254) – et des *novas*, voire des *pseudo-novas* recevables (CPF, 24 mars 2016/103 ; CPF, 3 mai 2013/185).

b) En l'espèce, il n'est pas contesté que l'opposant est domicilié à l'étranger. La question litigieuse est celle de la vraisemblance de la créance et son exigibilité. Le séquestrant doit rendre vraisemblable l'existence de la créance qu'il allègue (Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 11 ad art. 271 LP). La vraisemblance de la créance doit résulter des pièces, à l'exclusion de tout autre moyen de preuve (ATF 138 III 636 consid. 4.3.2 ; CPF 16 août 2016/254). Pour rendre sa créance vraisemblable, la partie requérante doit produire une pièce ou un ensemble de pièces permettant au juge du séquestre d'acquiescer, au stade de la simple vraisemblance, la conviction que la prétention existe pour le montant énoncé et qu'elle est exigible, même si le document n'est pas signé (Gilliéron, op. cit., n. 29 ad art. 272 LP; CPF, 10 avril 2013/159). Lorsque le juge doit statuer selon la simple vraisemblance, il doit, en se basant sur des éléments objectifs, avoir l'impression que le fait invoqué s'est produit, sans pour autant devoir exclure la possibilité qu'il ait pu se dérouler autrement (ATF 132 III 140 consid. 4.1.2 et les réf. cit. ; ATF 130 III 321 consid. 3.3 p. 325; ATF 120 II 393).

La recourante fait d'abord grief au juge de paix d'avoir refusé d'admettre que la condition du dommage sensible de l'art. 340 al. 2 CO (Code des obligations du 30 mars 1911 ; RS 220) était donnée. D'après elle, il suffit d'après la jurisprudence que la possibilité d'un tel dommage existe - ce qui peut se produire même en cas de perte d'un seul client -, l'employeur n'ayant pas à prouver le dommage effectif ; au surplus, il n'a pas besoin de fournir une preuve « liquide » des faits qu'il expose. Or, en l'occurrence, elle aurait non seulement rendu vraisemblable, mais également démontré qu'elle avait subi un dommage effectif important. Suite au départ de l'opposant auprès de S._____ SA, elle relève que IO._____ n'a plus généré aucun chiffre d'affaires pour elle, alors qu'en 2013, celui-ci était de 278'894 fr. 14. Elle en conclut que ce manque à gagner constitue assurément un préjudice sensible. Au demeurant, elle observe que l'O._____ constituait son troisième client en 2013 en termes de volume.

S'agissant de l'atteinte à l'avenir économique au sens de l'art. 340a CO, retenue par la première juge, la recourante observe que cette atteinte n'existe pas dès lors que le nouvel employeur de l'opposant au séquestre a promis de prendre à sa charge les éventuelles « amendes » auxquelles celui-ci pourrait être condamné en raison de l'infraction à la clause pénale. Au demeurant, elle soutient que l'interprétation de cette disposition légale qu'a faite la première juge est contraire à la loi, car elle aboutit à ériger en condition stricte l'existence d'une indemnité de carence, alors que la loi prévoit que l'éventuelle contre-prestation de l'employeur doit entrer en considération uniquement dans le cadre de l'examen du caractère excessif du montant de la clause pénale. Il s'ensuit que, à tout le moins, elle aurait dû procéder à une réduction du montant dû selon la clause pénale, et non conclure à son invalidité.

Quant à l'intimé, il se réfère aux arguments du premier juge, en ajoutant qu'il peine à comprendre les « statistiques » produites ; il leur dénie toute force probante, car seule la production de comptes de pertes et profits dûment révisés pourraient selon lui donner une information précise sur l'importance du client eu égard au montant global du chiffres d'affaires.

c) En l'occurrence, le contrat de travail conclu entre les parties était assorti d'une clause de prohibition de concurrence au sens des art. 340 à 340c CO ; en cas de violation de cette clause, une peine conventionnelle a été prévue (art. 160 à 163 CO; cf. également : art. 340b al. 2 CO). Le premier juge a conclu que la clause de prohibition de concurrence et en conséquence la clause pénale qui lui est liée n'étaient pas valables. Il s'agit là de la première question juridique qu'il convient de résoudre.

aa) Selon l'art. 340 al. 1 CO, le travailleur qui a l'exercice des droits civils peut s'engager par écrit envers l'employeur à s'abstenir après la fin du contrat de lui faire concurrence de quelque manière que ce soit, notamment d'exploiter pour son propre compte une entreprise concurrente, d'y travailler ou de s'y intéresser. Selon l'art. 340 al. 2 CO, la

prohibition de faire concurrence n'est valable que si les rapports de travail permettent au travailleur d'avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur et si l'utilisation de ces renseignements est de nature à causer à l'employeur un préjudice sensible.

La connaissance de la clientèle, ou les secrets de fabrication ou d'affaires, ne doivent pas être des informations connues de tous. Ainsi, par secret d'affaires, il faut entendre les connaissances qui touchent à des questions techniques, organisationnelles ou financières, qui sont spécifiques et que l'employeur veut garder secrètes. En revanche, les connaissances qui peuvent être obtenues dans toutes les entreprises de la branche ressortissent à l'expérience professionnelle du travailleur et n'ont rien à voir avec des secrets (TF 4A_31/2010 du 16 mars 2010, consid. 2.1 ; TF 4A_417/2008 du 3 décembre 2008 consid. 4.1 ; Aubry Girardin, in Dunant/Mahon (éd.), Commentaire du contrat de travail, nn. 24 ss ad art. 340 CO, pp. 836 ss et les réf. cit.).

Dans une jurisprudence ancienne, le Tribunal fédéral a considéré que l'employé ne pouvait tirer profit de sa connaissance de la clientèle lorsque les rapports entre la clientèle et l'employeur ont essentiellement un caractère personnel, fondé sur la compétence de cet employeur, par exemple s'il s'agit d'un avocat célèbre ou d'un chirurgien réputé; dans ce cas, en effet, la connaissance que l'employé possède de la clientèle ne lui procure pas, à elle seule, le moyen de rompre ou de distendre le lien existant entre l'employeur et sa clientèle (ATF 78 II 39 consid. 1 p. 40 s. et les arrêts cités). Ultérieurement, la jurisprudence a eu l'occasion de se pencher sur la situation inverse, à savoir le cas où une relation personnelle était établie entre le client et l'employé lui-même, en l'occurrence un dentiste; il a été conclu que dans ce cas également, la clause de prohibition de concurrence n'était pas valable, parce que la personnalité de l'employé revêtait pour le client une importance prépondérante et interrompait le rapport de causalité qui doit exister entre la simple connaissance de la clientèle et la possibilité de causer un dommage sensible à l'employeur (TF 4C.100/2006 du 13 juillet 2007

consid. 2.6). Cette jurisprudence a été approuvée par la doctrine unanime pour les cas où la relation entre la clientèle et l'employé repose essentiellement sur les capacités personnelles de ce dernier et relègue à l'arrière-plan l'identité de l'employeur (Aubert, in Commentaire romand, Code des obligations, vol. I, 2^e éd., 2012, n° 9 ad art. 340 CO; Tercier/Bieri/Carron, Les contrats spéciaux, 5^e éd. 2016, n. 3174 pp. 426/427; Engel, Contrats de droit suisse, 2^e éd. 2000, p. 391; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7^e éd. 2012, n°s 10, 11 et 15 ad art. 340 CO; Staehelin, Commentaire zurichois, 2014, n° 16 ad art. 340 CO; Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 3^e éd. 2014, n° 12 ad art. 340 CO; Rehbinder/Stöckli, Commentaire bernois, 2014, n° 12 ad art. 340 CO; Carruzzo, Le contrat individuel de travail, 2009, n° 4 ad art. 340 CO p. 595; Wyler/Heinzer, Droit du travail, 3^e éd. 2014, p. 722; Favre et alii, Le contrat de travail, Code annoté, 2010, n° 2.3 ad art. 340 CO; Brunner et alii, Commentaire du contrat de travail, 3^e éd. 2004, p. 309 s.; Neeracher, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, 2001, p. 39).

Récemment, le Tribunal fédéral a déclaré à nouveau que, lorsque l'employé noue un rapport personnel avec le client en lui fournissant des prestations qui dépendent essentiellement des capacités propres à l'employé, la situation était particulière, car dans ce cas le client attache de l'importance à la personne de l'employé dont il apprécie les capacités personnelles et pour qui il éprouve de la confiance et de la sympathie ; une telle situation suppose que le travailleur fournisse une prestation qui se caractérise surtout par ses capacités personnelles, de telle sorte que le client attache plus d'importance aux capacités personnelles de l'employé qu'à l'identité de l'employeur ; si, dans une telle situation, le client se détourne de l'employeur pour suivre l'employé, ce préjudice pour l'employeur résulte des capacités personnelles de l'employé et non pas simplement du fait que celui-ci a eu connaissance du nom des clients (ATF 138 III 67 consid. 2.2).

Il appartient à l'employeur d'établir - en l'occurrence sous l'angle de la vraisemblance - que les conditions de validité de la clause de prohibition de concurrence, posées à l'art. 340 CO, sont remplies. Le

défaut de l'une de ces conditions cumulatives entraîne la nullité complète de la clause de prohibition de concurrence (TF 4A_31/2010 du 16 mars 2010 consid. 2.1 et les réf. cit. ; Aubry Girardin, op. cit., n. 33 ad art. 340 CO, p. 839).

bb) En l'occurrence, il ressort des pièces au dossier, et en particulier des « profils » produits par la recourante, que l'intimé au recours est un informaticien maîtrisant les systèmes d'exploitation Microsoft Windows 2000, Windows XP, Windows 8, 98, 95, en particulier la maintenance, le dépannage et la résolution de problèmes y relatifs, ainsi que la connaissance et la gestion de réseaux, de la bureautique (Microsoft Office 2010, Microsoft Access, Lotus Notes 6.5, Outlook 2010, etc.) et de logiciels d'administration. Sans dévaluer ces compétences, il apparaît qu'elles sont celles d'un informaticien de base. Il n'est pas démontré au stade de la vraisemblance, ni même allégué, qu'il aurait des connaissances techniques particulières, et encore moins que ces connaissances seraient objectivement secrètes et que la recourante entendrait qu'elles ne soient pas divulguées à l'extérieur de l'entreprise. Il apparaît du reste que la recourante ne fait pas valoir, ni a fortiori ne rend vraisemblable, que l'intimé pouvait avoir connaissance, dans le cadre de son travail, de secrets d'affaires ou de fabrication.

Il reste la question de savoir si les rapports de travail permettaient à l'intimé d'avoir connaissance de la clientèle de la recourante, et si l'utilisation de ce renseignement était de nature à causer à celle-ci un préjudice sensible. Dans le cadre des rapports de travail, l'intimé avait des relations avec O._____ qui était un client de la recourante. Plus précisément, l'intimé remplissait ses obligations contractuelles sur le site de O._____, en qualité de « support technique » pour les boutiques sises dans l'enceinte de celui-ci. Comme deux autres de ses collègues à la même époque, il était « détaché » de l'entreprise recourante aux fins d'œuvrer sur ce site. C'est dans ce cadre qu'il a noué des relations particulières avec un client de la recourante, O._____. Après sa démission, l'intimé n'a pas été engagé par ce client directement, mais par une entreprise concurrente créée par X._____, un

autre employé de la recourante. Et c'est dans le cadre de cette autre relation de travail qu'il a été amené à œuvrer sur le même site, apparemment pour faire le même support technique. Dans ces conditions, il faut conclure que, pour le client O._____ il était indifférent de traiter avec S._____ SA ou avec la recourante, pourvu que l'intimé, qui œuvrait pour lui depuis un certain temps, continue à le faire. Ce sont donc les compétences personnelles de l'intimé qui étaient primordiales, et non l'entreprise qui l'employait. Assurément, comme déjà dit, ces compétences ne supposaient pas la connaissance de secrets techniques qu'il aurait appris au sein de la recourante, mais la maîtrise de tout un environnement propre au client lui-même, pour lequel il travaillait dans les faits depuis plusieurs années. Il apparaît que, en application de la jurisprudence précitée, et à supposer qu'il y ait en l'espèce une prise de connaissance de la clientèle au sens de l'art. 340 al. 2 CO, celle-ci serait reléguée à l'arrière-plan par rapport aux compétences personnelles de l'intimé, ce qui aurait pour conséquence d'empêcher tout lien de causalité avec la possibilité de causer un dommage sensible à l'employeur.

Du reste, même si ce n'est pas forcément déterminant puisqu'un dommage virtuel suffit, il convient de relever que la recourante prétend avoir subi un dommage en raison de la concurrence de S._____ SA, mais elle ne précise pas, ni a fortiori ne rend plausible qu'O._____ a mis fin au contrat qui les liait, ni au demeurant que cette fin était prématurée ou en lien avec l'intimé; or, ces faits auraient aisément pu ressortir de pièces et auraient permis de soutenir l'assertion de la recourante selon laquelle c'est le départ de l'intimé qui aurait eu pour conséquence la perte de la clientèle de O._____.

Pour ce premier motif, il apparaît plus vraisemblable que la clause de prohibition de concurrence ne soit pas valable que l'inverse.

En outre, il n'est pas invoqué par la recourante, et par voie de conséquence pas rendu vraisemblable, que l'expérience acquise par l'intimé dans le cadre de ses rapports de travail pour la recourante, plus particulièrement lorsque l'intimé a rempli les tâches que O._____

avaient sous-traitées à son employeur, était différente de celle acquise dans toutes les entreprises de la branche informatique mandatées pour effectuer un support technique. Comme déjà dit, les qualifications de l'intimé apparaissent celles d'un informaticien de base, et, au vu des « profils » au dossier, elles n'ont pas évolué d'un emploi à l'autre. Il s'ensuit qu'il n'est pas possible de conclure que l'expérience en cause relevait de secrets d'affaires, mais au contraire qu'elle ressortissait de la simple expérience professionnelle. Sous cet angle également, il n'apparaît pas vraisemblable que les conditions posées à la validité de la clause de prohibition de concurrence par l'art. 340 al. 2 CO soient remplies.

d) La seconde question juridique qui doit, à titre subsidiaire, être résolue, tient à la limitation de la clause de prohibition de concurrence.

A teneur de l'art. 340a al. 1, première phrase, CO, la prohibition doit être limitée convenablement quant au lieu, au temps et au genre d'affaires, de façon à ne pas compromettre l'avenir économique du travailleur contrairement à l'équité. Quant au lieu, l'interdiction de concurrence ne saurait s'étendre au-delà du territoire sur lequel l'employeur déploie son activité (principe du marché). En dehors de ce territoire, l'employeur ne dispose d'aucun intérêt digne de protection à interdire au travailleur d'exercer une activité, qui ne peut lui causer de préjudice. L'interdiction de concurrence ne doit pas non plus compromettre l'avenir économique du travailleur contrairement à l'équité. A cet égard, il sied de comparer les intérêts du salarié et ceux de l'employeur. La clause est valable si les intérêts des deux parties sont d'égale valeur ou si ceux de l'employeur l'emportent (TF 4A_466/2012 du 12 novembre 2012 consid. 4 et les réf. cit.). Le juge peut réduire selon sa libre appréciation une prohibition excessive, en tenant compte de toutes les circonstances ; il aura égard, d'une manière équitable, à une éventuelle contre-prestation de l'employeur (art. 340a al. 2 CO).

Quant au lieu (100 km, qui englobe [...]) et au temps (un an), la clause pourrait à première vue ne pas être considérée comme

excessive. Toutefois, elle apparaît plus problématique sous l'angle du genre d'affaire. En effet, comme déjà relevé, l'intimé est un informaticien qui n'œuvre pas à un niveau élevé ; son salaire auprès de la recourante se montait du reste à 5'000 fr. brut par mois. Lui interdire d'exercer une activité similaire au sein d'une entreprise qui a le même but que la recourante conduirait, en pratique, à l'empêcher de retrouver un travail dans la branche de l'informatique, que ce soit dans la création de logiciels, la formation, le conseil ou la vente, tous domaines couverts par le but social de la recourante. L'avenir professionnel de l'intimé s'en trouverait indubitablement compromis, surtout au vu du très large champ d'application territorial de la clause, et ce d'une manière qui n'apparaît pas justifiée par les intérêts de l'employeur. Dans ces conditions, il est vraisemblable que le juge du fond serait amené à réduire le champ d'application matériel de la clause, jusqu'à ce que l'avenir économique du salarié ne soit pas compromis d'une manière inéquitable.

e) La troisième question juridique qui se pose est celle, subsidiaire, de la limitation de la peine conventionnelle.

La clause pénale est soumise aux dispositions des art. 160 ss CO (TF 4A_466/2012 du 12 novembre 2012 consid. 5 ; Aubert, op. cit., n. 3 ad art. 340b CO). En application de l'art. 163 al. 3 CO, le juge doit réduire le montant de la peine conventionnelle dont la quotité est excessive (ATF 133 III 43 consid. 3.3 p. 48, 201 consid. 5.2 p. 209 et les références). Pour des motifs tenant à la fidélité contractuelle et à la liberté de contracter, il convient de faire preuve de réserve dans le processus de réduction, car les parties sont libres de fixer le montant de la peine (art. 163 al. 1 CO). L'intervention du juge dans le contrat n'est nécessaire que dans la mesure où le montant fixé est si élevé qu'il dépasse toute mesure raisonnable, au point de n'être plus compatible avec le droit et l'équité (ATF 133 III 43 consid. 3.3.1 p. 48, 201 consid. 5.2 p. 509). Une réduction de la peine conventionnelle se justifie en particulier lorsqu'il existe une disproportion crasse entre le montant convenu et l'intérêt du créancier à maintenir la totalité de sa prétention, mesuré concrètement au moment où la violation contractuelle est survenue. Pour juger du caractère excessif de la peine

conventionnelle, il ne faut pas raisonner abstraitement, mais, au contraire, prendre en considération toutes les circonstances concrètes de l'espèce. Il y a ainsi lieu de tenir compte notamment de la nature et de la durée du contrat, de la gravité de la faute du travailleur, du montant de sa rémunération, de sa position hiérarchique et de l'absence de preuve par l'employeur d'un dommage (ATF 133 III 43 consid. 3.3.2 p. 48 s., 201 consid 5.2 p. 509). La doctrine admet que le salaire annuel du travailleur constitue la limite supérieure de la clause pénale (cf. les auteurs cités par TF 4A_466/2012 du 12 novembre 2012 consid. 5).

En l'occurrence, les éléments à prendre en compte selon la jurisprudence ne ressortent pour la plupart pas des pièces au dossier. Seul le montant du salaire et la position hiérarchique, relativement peu élevés, et le fait qu'à la date de sa démission, l'intimé savait qu'il travaillerait pour une entreprise qui avait les mêmes activités que son employeur sont établis. Quant à l'existence d'un dommage en lien de causalité avec le départ de l'employé et son engagement auprès d'une entreprise tierce, il n'est pas rendu vraisemblable, surtout parce qu'aucune pièce n'a été produite permettant de savoir si le contrat qui liait la recourante à O._____ a pris fin, et dans l'affirmative pour quels motifs. Il n'est ainsi pas possible d'établir un lien de causalité entre la prétendue violation de la clause et une prétendue non augmentation de l'actif de la recourante ; à cet égard, comme le relève l'intimé dans sa réponse, les pièces produites, internes à la partie, et non auditées, ne sont pas probantes ; et comme le souligne le premier juge, une perte de chiffre d'affaires ne suffit pas à établir ni même rendre plausible l'existence d'un dommage au sens juridique du terme.

Au vu de ce qui précède, une peine conventionnelle équivalente à cinq fois le salaire mensuel brut (soit 25'000 fr.) doit vraisemblablement être considérée comme excessive.

f) Pour tous ces motifs, et en conclusion, il n'apparaît pas possible de se convaincre au stade de la vraisemblance que la recourante est titulaire d'une créance d'un montant de 28'132 fr. 50 à l'encontre de

l'intimé, fondée sur la clause de prohibition de concurrence contenue dans le contrat de travail qui les a liés. Il est douteux que cette clause soit valable (cf. supra consid. IIc), et si jamais elle l'est, elle devrait vraisemblablement être réduite en application de l'art. 340a al. 2 CO (cf. supra consid. IIId); il en va de même de la peine conventionnelle prévue (cf. supra consid. IIe). Contrairement à ce que pense la recourante, il n'appartient pas au juge de l'opposition au séquestre de procéder, en cas de clause valable, à une éventuelle réduction du montant dû.

III. Le recours doit ainsi être rejeté, et le prononcé confirmé.

Vu le rejet du recours, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 570 fr., sont mis à la charge de la recourante (art. 106 al. 1 CPC).

L'intimé, qui obtient gain de cause et était assisté d'un agent d'affaires breveté, a droit à des dépens qui sont arrêtés, considérant la valeur litigieuse, d'une part, et la brièveté de la réponse, d'autre part, à 500 fr. (art. 3 et 13 TDC [Tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010; RSV 270.11.6]).

Par ces motifs,
la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos en sa qualité d'autorité
de recours en matière sommaire de poursuites,
p r o n o n c e :

I. Le recours est rejeté.

II. Le prononcé est confirmé.

III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 570 fr. (cinq cent septante francs), sont mis à la charge de la recourante.

IV. La recourante E._____ SA doit verser à l'intimé J._____ la somme de 500 fr. (cinq cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

V. L'arrêt est exécutoire.

La présidente :

Le greffier :

Du

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

- Me Pierre Ducret, avocat (pour E._____ SA),
- M. Jean-Daniel Nicaty, agent d'affaires breveté (pour J._____).

La Cour des poursuites et faillites considère que la valeur litigieuse est de 28'132 fr. 50.

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, au moins 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 à :

- Mme le Juge de paix du district de l'Ouest lausannois.

Le greffier :