

Quoi qu'il en soit, le grief doit de toute façon être rejeté. Le droit suisse opère une distinction entre l'établissement des indices permettant de déduire des manifestations de volonté et l'interprétation que le juge peut en faire; la première question relève du fait, la seconde, du droit. On ne saurait admettre trop facilement une volonté contractuelle fondée sur des actes concluants; il faut des indices concrets suffisamment concluants d'une telle volonté, dont on ne doit pas raisonnablement douter en tenant compte de toutes les circonstances (KRAMER/SCHMIDLIN, Berner Kommentar, 1986, n° 11 ad art. 1 CO et n° 76 ad art. 18 CO). Il ne ressort en tout cas pas de l'avis de droit anglais que celui-ci poserait des exigences moindres qu'en droit suisse sur ces questions.

En l'occurrence, il s'agit au premier chef d'établir le motif d'un versement bancaire. L'on ne se situe manifestement pas dans un état de nécessité en matière de preuve qui justifierait de déroger à l'exigence de la preuve stricte (cf. ATF 133 III 81 consid. 4.2.2). Par ailleurs, le recourant objecte vainement que la nature de la décision permettrait de réduire le degré de preuve requis; la jurisprudence veut que les faits influençant uniquement la question de la compétence soient prouvés au stade déjà de la décision sur la compétence (ATF 136 III 486 consid. 4). Il s'ensuit que le recourant devait rapporter la preuve stricte du fait dont il prétendait pouvoir déduire un accord quant au lieu de remboursement du prêt.

XVII. Summarisches Verfahren – Procédure sommaire – Procedura sommaria

Vorsorgliche Massnahmen – Mesures provisionnelles – Misure provvisionali

[1150] Extrait de l'arrêt de la 1^{re} Cour de droit civil du Tribunal fédéral dans la cause
X. contre Y. SA (recours en matière civile) 4A_611/2011 du 3 janvier 2012

Art. 261 ss CPC et 339a CO; Mesures provisionnelles d'exécution anticipée

Une conclusion est suffisamment précise lorsqu'elle permet à l'autorité compétente d'ordonner l'exécution sans avoir à résoudre des questions de fond (consid. 3). La décision sur mesures provisionnelles ordonnant à un employé de restituer à son ancien employeur divers fichiers et documents appartenant à celui-ci est compatible avec l'article 261 CPC, notamment sous l'angle du principe de la proportionnalité (consid. 4).

Art. 261 ff. ZPO und 339a OR; antizipierte Leistungsmassnahmen

Ein Begehren ist genügend bestimmt, wenn die Vollstreckungsbehörde es umsetzen kann, ohne Sachfragen entscheiden zu müssen (E. 3). Der Befehl an einen Angestellten, seinem ehemaligen Arbeitgeber Unterlagen zurückzugeben, verstösst nicht gegen Art. 261 ZPO, auch nicht im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit (E 4).

Art. 261 seg. CPC e 339a CO; Provvedimenti cautelari volti all'esecuzione anticipata
Una conclusione è sufficientemente precisa quando l'autorità incaricata dell'esecuzione è in grado di eseguirla senza dovere prima risolvere delle questioni di merito (consid. 3). Il provvedimento cautelare che fa ordine ad un impiegato di restituire diversi fascicoli e documenti al suo precedente datore di lavoro, non viola l'art. 261 CPC, neppure nell'ottica del precetto di proporzionalità (consid. 4).

3.1 De l'avis du recourant, le juge d'appel aurait dû déclarer irrecevable la conclusion provisionnelle de l'intimée au motif qu'elle contreviendrait gravement au principe de précision. N'énumérant pas une liste précise des documents requis, elle ne permettrait pas à l'autorité d'exécution de contrôler si le recourant respecte l'injonction et si les documents dont la restitution est ordonnée correspondent à ce que l'intimée souhaitait obtenir.

3.2 Selon un principe général de procédure civile, une conclusion doit être formulée de telle manière qu'en cas d'admission, le jugement puisse être exécuté. Ainsi, les actions en abstention doivent tendre à l'interdiction d'un comportement décrit de façon suffisamment précise. L'exécution (ou la sanction de l'inexécution) doit pouvoir être obtenue auprès de l'autorité compétente sans que celle-ci doive encore résoudre des questions de fond sur le comportement prohibé (ATF 131 III 70 consid. 3.3; 97 II 92 spéc. p. 93; 78 II 289 consid. 3 p. 292 s.; FRANÇOIS BOHNET, in Code de procédure civile commenté, 2011, n^{os} 13 et 16 ad art. 84 CPC; PAUL OBERHAMMER, in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, n^o 2 ss ad art. 84 CPC).

3.3 En l'occurrence, le recourant a reçu l'ordre de restituer l'entier des fichiers, photocopies et scans de propositions d'assurance et polices d'assurance, ainsi que tous les dossiers et fichiers appartenant à l'intimée. Les documents visés sont clairement identifiables pour le recourant, qui n'a pas contesté avoir transféré des fichiers et autres documents appartenant à l'intimée et concernant diverses relations d'assurance, selon les constatations du juge d'appel qui lie la cour de céans. Contrairement à ce qu'insinue le recourant, l'autorité d'exécution n'aura pas à trancher la question de la propriété de ces documents. Pour le surplus, le recourant ne saurait se soustraire à une obligation de restitution suffisamment déterminée en se retranchant derrière le fait qu'il est le seul à connaître précisément quels documents il a transférés.

Le grief est infondé.

4. Le recourant se plaint ensuite d'une application arbitraire de l'art. 261 CPC.

4.1 Selon l'art. 261 CPC, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable, d'une part, qu'une prétention dont il est titulaire est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (al. 1 let. a) et, d'autre part, que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (al. 1 let. b).

Le requérant doit rendre vraisemblable qu'il s'expose, en raison de la durée nécessaire pour rendre une décision définitive, à un préjudice qui ne pourrait pas être entièrement supprimé même si le jugement à intervenir devait lui donner gain de

cause. En d'autres termes, il s'agit d'éviter d'être mis devant un fait accompli dont le jugement ne pourrait pas complètement supprimer les effets (MICHAEL TREIS, in Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2010, n° 7 ad art. 261 CPC). Est difficilement réparable le préjudice qui sera plus tard impossible ou difficile à mesurer ou à compenser entièrement. Entrent notamment dans ce cas de figure la perte de clientèle, l'atteinte à la réputation d'une personne, ou encore le trouble créé sur le marché par l'utilisation d'un signe créant un risque de confusion (THOMAS SPRECHER, in Basler Kommentar, op. cit., n° 34 ad art. 261 CPC; TREIS, op. cit., n° 8 ad art. 261 CPC).

La mesure doit être proportionnée au risque d'atteinte. Si plusieurs mesures sont aptes à atteindre le but recherché, il convient de choisir la moins incisive, celle qui porte le moins atteinte à la situation juridique de la partie intimée. Il faut procéder à une pesée des intérêts contradictoires des deux parties au litige (Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse [CPC], FF 2006 6962; SPRECHER, op. cit., nos 47–51 ad art. 262 CPC; SABINE KOFMEL EHRENZELLER, in Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, 2010, n° 12 ad art. 261 CPC).

Plus une mesure atteint de manière incisive la partie citée, plus il convient de fixer de hautes exigences quant à l'existence des faits pertinents et au fondement juridique de la prétention. Tel est en particulier le cas des mesures d'exécution anticipée provisoires lorsqu'elles sont susceptibles d'avoir un effet définitif, le litige étant alors privé d'intérêt au-delà du stade des mesures provisionnelles. Ces exigences élevées ne portent pas seulement sur la vraisemblance comme mesure de la preuve requise, mais également sur l'ensemble des conditions d'octroi de la mesure provisionnelle, en particulier sur l'appréciation de l'issue du litige au fond et sur celle des inconvénients que la décision incidente pourrait créer à chacune des deux parties (ATF 131 III 473 consid. 2.3 et 3.2).

4.2 Le recourant reproche à l'autorité précédente d'avoir arbitrairement retenu qu'un danger imminent menaçait les droits de l'intimée et qu'elle encourait un risque de préjudice difficilement réparable. A ce sujet, il objecte que dans le cadre de son nouvel emploi, il a signé seulement 15 contrats en plus de 7 mois et qu'en tout état de cause, la peine prévue dans son contrat de travail suffira à couvrir l'éventuel dommage causé à l'intimée. Celle-ci chercherait à obtenir par la restitution de documents (art. 339a CO) ce qu'elle n'a pas pu obtenir en se fondant sur l'art. 340 CO (prohibition de faire concurrence).

4.3 Pour contester l'imminence du danger, le recourant se réfère aux écritures de la procédure d'appel, ce qui n'est pas admissible dans le cadre d'un recours restreint à l'arbitraire (cf. supra, consid. 2.1). Il n'y a dès lors pas à entrer en matière sur ce grief.

Quant au grief relatif au préjudice difficilement réparable, il doit être rejeté. L'autorité précédente a considéré que l'intimée disposait d'une prétention en restitution des documents litigieux fondée sur l'art. 339a CO; elle s'est référée à un auteur soutenant que le devoir de restitution vise tous les types de documents, physiques ou informatiques, et que le travailleur n'est pas autorisé à conserver une copie de ce qu'il a restitué; pour cet auteur, il s'agit de préserver les intérêts de l'employeur quant à l'obligation de confidentialité qui perdure après la fin des rap-

ports de travail (art. 321a al. 4 CO) et de diminuer les risques de concurrence déloyale (RÉMY WYLER, Droit du travail, 2^e éd. 2008, p. 584).

Une telle interprétation de l'art. 339a CO est exempte d'arbitraire, et le recourant ne soutient pas le contraire. En cours de contrat, le devoir de fidélité du travailleur (art. 321a CO) s'oppose à ce que celui-ci détourne la clientèle de son employeur au profit d'une autre entreprise; ce même devoir de fidélité fonde l'obligation de restitution de l'art. 321b CO (ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4^e éd. 2006, n^o 18 ad art. 321a CO et n^o 1 ad art. 321b CO; WOLFGANG PORTMANN, in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5^e éd. 2011, n^o 6 ad art. 321a CO); il n'est ainsi pas insoutenable de considérer qu'à l'issue des relations contractuelles, le devoir de restitution de l'art. 339a CO s'étend aux copies de documents afin notamment de prévenir un risque de détournement de la clientèle de l'entreprise. Une telle prétention peut exister indépendamment de l'éventuel droit d'interdire à l'ex-employé d'exercer une activité concurrente (cf. art. 340b al. 3 CO). Quant à l'indemnisation que l'employeur pourrait cas échéant toucher pour le dommage causé par l'exercice d'une telle activité, elle n'exclut pas que l'employeur s'expose à un préjudice difficilement mesurable et donc difficilement réparable, dans la mesure où son ex-employé détiendrait des documents d'affaires propres à entraîner un détournement de sa clientèle. Or, l'arrêt attaqué reconnaît implicitement que le recourant détient de tels documents et ajoute qu'ils sont susceptibles de contenir des informations confidentielles (arrêt, p. 11), sans que le recourant ne cherche à démontrer le contraire. Au vu de ce qui précède, il n'était pas arbitraire de considérer que l'intimée était menacée d'un préjudice difficilement réparable.

4.4 Le recourant objecte encore que la cour cantonale a enfreint le principe de proportionnalité en ordonnant la mesure litigieuse; une pesée non arbitraire des intérêts en cause aurait dû la conduire à privilégier la situation du recourant et à tenir compte de son intérêt à conserver les documents pour des raisons de preuve.

L'arrêt attaqué constate que le recourant n'a plus d'intérêt actuel à conserver les documents litigieux dès lors qu'il a déposé une requête de conciliation le 14 juillet 2011 et produit des pièces à l'appui de cette écriture. Le recourant tente vainement de remettre en cause ce raisonnement en soulignant que la requête de conciliation doit se limiter à décrire l'objet du litige; en effet, les art. 202 s. CPC n'empêchent pas de produire des pièces au stade de la conciliation déjà. A cela s'ajoute que la loi permet à une partie de requérir la production de pièces détenues en mains de la partie adverse, un éventuel refus injustifié étant pris en compte lors de l'appréciation des preuves (cf. art. 160 al. 1 let. b et art. 164 CPC). La partie adverse ne peut se retrancher derrière ses intérêts commerciaux dès lors qu'au besoin, des mesures de protection peuvent être ordonnées (art. 156 CPC).

Le recourant laisse encore entendre qu'il existerait un risque de falsification de pièces car l'intimée aurait déjà eu une telle attitude par le passé; un tel élément ne ressort toutefois pas de l'arrêt attaqué. L'autorité cantonale n'a ainsi pas arbitrairement sous-estimé le prétendu intérêt du recourant à conserver les documents et fichiers litigieux.

4.5 Toujours en relation avec le principe de proportionnalité, le recourant plaide enfin que la mesure est irréversible et qu'une mesure moins incisive aurait dû être ordonnée, telle la consignation, le séquestre, la mise sous scellés ou l'interdiction de disposer assortie de la menace de peine de l'art. 292 CP.

Le principe de proportionnalité peut certes impliquer d'ordonner une mesure conservatoire plutôt qu'une mesure d'exécution anticipée si la première permet d'assurer au requérant la même protection (cf. KOFMEL EHRENZELLER, op. cit., n° 12 i.f. ad art. 261 CPC; cf. aussi PATRICIA DIETSCHY, Les conflits de travail en procédure civile suisse, 2011, p. 229 n° 468, qui ne mentionne que des mesures conservatoires comme exemples de mesures provisionnelles en cas d'action en restitution fondée sur l'art. 339a CO). En l'occurrence, le recourant prétend être atteint dans sa situation juridique parce que la mesure serait irréversible. Or, tel n'est pas le cas. La situation n'est en effet pas comparable à une prohibition de faire concurrence (ATF 131 III 473 précité consid. 2.3 p. 477) ou une expulsion de locataire (ATF 104 II 216 consid. 2b); rien ne s'oppose à ce que les documents visés soient restitués au recourant dans une procédure au fond lui donnant gain de cause.

A cela s'ajoute que l'état de fait sur lequel se fonde la mesure n'est pas litigieux, le recourant ne contestant pas avoir transféré des fichiers et documents appartenant à son employeuse d'alors. Quant au bien-fondé de la prétention au fond, il ne fait pas de doute pour le juge d'appel. Le recourant lui-même ne discute pas à proprement parler l'existence d'une prétention en restitution, mais conteste – à tort – que la durée du procès soit susceptible de causer à l'intimée un préjudice difficilement réparable. L'on peut ainsi admettre que la partie adverse aurait pu obtenir la restitution des pièces litigieuses en recourant à la procédure applicable dans les cas clairs (art. 257 al. 1 CPC), procédure qui était en soi licite dès lors que la cause au fond n'était pas soumise à la maxime d'office (art. 257 al. 2 CPC en relation avec l'art. 58 al. 2 CPC). Dans son résultat, la mesure de restitution n'est pas arbitraire et ne porte pas atteinte à la situation juridique du recourant, d'autant moins que la décision provisionnelle contestée ne revêt pas l'autorité de chose jugée.

4.6 Pour le surplus, le recourant ne forme pas d'autres griefs relatifs à l'application des art. 261 ss CPC.

Il s'ensuit que le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable.

NOTE *Patricia Dietschy, Docteure en droit*

Le Tribunal fédéral confirme la mesure d'exécution anticipée prononcée par l'autorité cantonale vaudoise. Cette décision ne prête pas à la critique dès lors que notre haute cour était limitée à un examen sous l'angle de l'arbitraire (cf. art. 98 LTF). Autre aurait certainement été la décision du Tribunal fédéral s'il avait pu revoir l'arrêt cantonal sous l'angle de la violation de la loi (art. 95 LTF). En effet, notre cour suprême reconnaît expressément que «si plusieurs mesures sont aptes à atteindre le but recherché, il convient de choisir la moins incisive, celle qui porte le moins atteinte à la situation juridique de la partie intimée» (consid. 4.1). Or, en l'espèce, une mesure conservatoire pouvait être ordonnée, telle que la consignation, le séquestre ou la mise sous scellés des documents litigieux. En ce sens, le Tribunal cantonal vaudois a selon nous appliqué de manière erronée les art. 261 et 262 CPC.

Certes, dans son principe, la requête de mesures provisionnelles était justifiée puisqu'il existait un risque de préjudice difficilement réparable pour l'employeur en cas d'utilisation, par le travailleur, des documents lui appartenant. En revanche, le type de mesures réclamé n'était pas adéquat, en tant qu'il viole le principe de proportionnalité. Il permettait en effet d'obtenir une exécution anticipée du jugement au fond alors que des mesures moins incisives étaient à disposition. Ainsi, la consignation, le séquestre ou la mise sous scellés des documents auraient déjà permis d'atteindre le but visé, soit de mettre les pièces litigieuses hors de portée du travailleur. Le Tribunal fédéral précise d'ailleurs que le principe de proportionnalité implique d'ordonner une mesure conservatoire plutôt qu'une mesure d'exécution anticipée si la première permet d'assurer au requérant la même protection (consid. 4.5). Or le fait que les documents soient enlevés des mains du travailleur suffisait déjà à protéger l'employeur.

La solution de la cour cantonale ne tient au demeurant pas compte du risque que l'employeur détruise, altère ou même perde les documents qui lui ont été restitués. De leur côté, la consignation et le séquestre ont pour avantage d'éviter ce type de danger en permettant d'assurer que les documents soient remis, à l'issue du procès, à la partie ayant obtenu gain de cause.

Il faut néanmoins réserver le cas où l'employeur dispose d'un intérêt prépondérant à obtenir l'exécution anticipée de sa prétention en restitution, lorsqu'il rend vraisemblable un besoin urgent à disposer lui-même des documents litigieux, notamment parce qu'il n'en possède pas de copies et que ceux-ci sont indispensables pour la conclusion d'affaires, à défaut de quoi il risque de subir un préjudice important à ses intérêts économiques.

[1151] Extrait de l'arrêt de la 1^{re} Cour de droit civil du Tribunal fédéral dans la cause 1. A. Inc., 2. B. Group, Inc., 3. B. Solutions, Inc., 4. C., Inc. contre 1. Y. (CH) Sàrl, 2. Z. (recours en matière civile) 4A_478/2011 du 30 novembre 2011

Art. 93 al. 1 lit. b LTF; 158, 261 s. CPC; Recours contre une décision sur mesures provisionnelles, préjudice irréparable

Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG; 158, 261 f. ZPO; Beschwerde gegen eine vorsorgliche Massnahme, nicht wieder gutzumachender Nachteil

Art. 93 cpv. 1 lit. b LTF; 158, 261 seg. CPC; Ricorso contro un provvedimento cautelare; pregiudizio irreparabile

Comme cette décision ne porte pas sur la compétence ou une demande de récusation (art. 92 LTF), le recours immédiat au Tribunal fédéral n'est ouvert qu'aux conditions posées par l'art. 93 al. 1 LTF.

S'agissant de mesures provisionnelles, il est évidemment d'emblée exclu de mettre fin immédiatement à la procédure sur le fond (cf. art. 93 al. 1 let. b LTF). Il faut donc examiner si la décision attaquée peut causer un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 let. a LTF).