

C1 20 91

JUGEMENT DU 17 MARS 2021

**Tribunal cantonal du Valais
Cour civile II**

Bertrand Dayer, juge; Léna Jordan, greffière *ad hoc*;

en la cause

X _____ **SA**, de siège à A _____, requérante et appelante,

contre

Y _____, intimé et appelé, représenté par Maître M _____.

(Mesures provisionnelles)

appel contre la décision rendue le 8 avril 2020 par le juge du district de A _____

(xxx C2 20 xxx)

Faits et Procédure

A.a X _____ SA, de siège à A _____, a pour but l'achat, la vente et la commercialisation de tout type de produits d'emballage.

A.b Un contrat de travail a été signé entre cette société et Y _____ le 27 mai 2004. Il contient une clause de prohibition de concurrence dont la teneur est la suivante : « *Les rapports de travail permettent au collaborateur d'avoir connaissance de la clientèle, de secrets de fabrication et d'affaires de l'employeur importants. L'utilisation de ces renseignements serait de nature à causer à l'employeur un préjudice sensible et manifeste. De ce fait, le collaborateur s'engage irrévocablement, après la fin du contrat de travail, à s'abstenir de faire concurrence à l'employeur de quelque manière que ce soit, notamment d'exploiter pour son propre compte une entreprise concurrente, d'y travailler ou de s'y intéresser. La présente clause de prohibition de faire concurrence est valable pendant trois ans dès la fin des rapports de travail, et ceci pour la Suisse, le Liechtenstein ainsi que la France, l'Italie, l'Allemagne, l'Autriche et s'étend aux relations commerciales de toute la clientèle de l'employeur au moment de la dénonciation ou la fin du contrat de travail. En cas de contravention à la présente prohibition de faire concurrence, le collaborateur serait redevable d'une peine conventionnelle de Fr. 100'000.--. Le paiement de ce montant ne libère pas le collaborateur de la prohibition de faire concurrence. Outre cette peine conventionnelle et les dommages et intérêts supplémentaires éventuels, l'employeur aura le droit d'exiger la cessation immédiate de la contravention.* » (dos. p. 22).

B. Le 29 mars 2018, X _____ SA a résilié le contrat de travail de Y _____ avec effet au 30 juin 2018. A la suite de l'opposition à la résiliation, les parties ont conclu une convention sur la fin des rapports de travail, les 21 et 23 mai 2019 (dos. p. 37).

C. Par écriture du 31 janvier 2020, Y _____ a déposé une requête de conciliation devant le juge de commune de A _____, ayant pour objet principalement la constatation de la nullité de la clause de prohibition de concurrence stipulée dans le contrat de travail du 27 mai 2004 et, subsidiairement, la constatation que ladite clause avait pris fin *ex lege*.

D. B _____ Sàrl, de siège à C _____, a été créée en début d'année 2020 par Y _____, qui y occupe les fonctions d'associé et de gérant au bénéfice de la signature individuelle. Elle a pour but le conseil aux entreprises en matière d'emballage, l'achat et la vente d'emballages de toutes sortes et le commerce de toute marchandise

en lien avec le xxx. La société peut accorder des prêts ou des garanties à des associés ou des tiers si cela favorise ses intérêts.

E. Le 24 février 2020, X _____ SA a déposé à l'encontre de Y _____ une requête de mesures provisionnelles devant le Tribunal du district de A _____ (ci-après : le tribunal de district), tendant à ce qu'ordre soit donné à celui-ci de cesser avec effet immédiat toute activité en lien avec B _____ Sàrl, à ce qu'il lui soit fixé un délai de 30 jours pour radier ses pouvoirs de gérant et un délai de 60 jours pour céder à des tiers ses parts sociales dans cette société, ainsi qu'à lui faire interdiction d'exercer une activité dans le domaine des produits d'emballage, le tout jusqu'à fin juin 2021, sous suite de frais et dépens.

Le 18 mars 2020, X _____ SA a également déposé une requête de mesures superprovisionnelles, concluant à ce qu'il soit interdit à l'intimé d'exercer toute activité en lien avec B _____ Sàrl ainsi que d'exercer toute activité dans le domaine des produits d'emballage, le tout jusqu'à fin juin 2021, sous suite de frais et dépens.

F. Par décision du 20 mars 2020, le tribunal de district a rejeté la requête de mesures surprovisionnelles.

G. Par réponse du 1^{er} avril 2020, Y _____ a conclu au rejet de la requête de mesures provisionnelles, avec suite de frais et dépens.

Le 7 avril 2020, X _____ SA s'est déterminée sur les allégués de la réponse et a maintenu ses conclusions.

H. Le 8 avril 2020, le juge du district de A _____ (ci-après : le juge de district), a rendu la décision suivante :

1. La requête de mesures provisionnelles déposée le 24 février 2020 par X _____ SA est rejetée.
2. Les frais de justice, fixés à 800 fr., sont mis à la charge de X _____ SA, qui versera, en sus, une indemnité de 1800 fr. à Y _____ à titre de dépens.

I. Par appel du 20 avril 2020, X _____ SA a conclu à ce que cette décision soit réformée en ce sens que sa requête de mesures provisionnelles soit admise, à ce qu'il soit fait ordre à Y _____ de cesser avec effet immédiat toute activité en lien avec B _____ Sàrl, à ce qu'il lui soit fixé un délai de 30 jours pour radier ses pouvoirs de gérant de cette société, à ce qu'il lui soit ordonné de céder dans les 60 jours ses parts sociales dans celle-ci, et à ce qu'il lui soit fait interdiction d'exploiter ou de travailler pour

toute entreprise active dans le domaine des produits d'emballage, le tout jusqu'à fin juin 2021, sous suite de frais et dépens.

Le 14 mai 2020, l'intimé a conclu au rejet de l'appel, sous suite de frais et dépens.

Par réplique du 25 mai 2020, l'appelante a confirmé ses conclusions.

Aux termes de la duplique du 28 mai 2020, l'intimé a également maintenu les siennes.

Considérant en droit

1.1 Les décisions de mesures provisionnelles peuvent faire l'objet d'un appel au Tribunal cantonal (art. 5 al. 1 let. b LACPC) dans un délai de dix jours (art. 314 al. 1 CPC en relation avec l'art. 248 let. d CPC) lorsque la valeur litigieuse au dernier état des conclusions se monte à 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. b et al. 2 CPC).

En présence de conclusions en exécution d'une clause de non concurrence, il y a lieu de retenir, pour la valeur litigieuse, un montant équivalent à la peine conventionnelle convenue (DIETSCHY, Les conflits de travail en procédure civile suisse, thèse Neuchâtel, 2011, n^{os} 181-185).

En l'espèce, la valeur litigieuse s'élève au montant de la peine conventionnelle, soit à 100'000 francs. L'appel, déposé en temps utile et dans les formes prescrites, est donc recevable.

La présente décision peut ressortir à un juge unique (art. 5 al. 2 let. c LACPC; art. 20 al. 3 LOJ).

1.2 L'appel peut être formé pour violation du droit ou constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel examine avec plein pouvoir les griefs pris de la mauvaise application du droit - fédéral, cantonal ou étranger - et de la constatation inexacte des faits par le premier juge. Elle applique le droit d'office, sans être liée par les motifs invoqués par les parties ou le tribunal de première instance et peut substituer ses propres motifs à ceux de la décision attaquée. Elle ne revoit, en revanche, les constatations de fait que si elles sont remises en cause par le recourant, ne réexaminant d'office les faits non attaqués que lorsque la maxime inquisitoire pure est applicable et uniquement si elle a des motifs sérieux de douter de leur véracité lorsque c'est la maxime inquisitoire

sociale qui est applicable. Elle contrôle en outre librement l'appréciation des preuves effectuée par le juge de première instance (art. 157 CPC en relation avec l'art. 310 let. b CPC) - ce qui découle de la nature ordinaire de la voie de l'appel, en vertu de laquelle le litige se continue pour ainsi dire devant l'instance supérieure (JEANDIN, Commentaire romand, 2^e éd., 2019, n. 6 ad art. 310 CPC) - et vérifie si ce magistrat pouvait admettre les faits qu'il a retenus. Sous peine d'irrecevabilité, l'écriture d'appel doit être motivée (art. 311 al. 1 CPC). Cela signifie que l'appelant doit y indiquer, de manière succincte, en quoi le tribunal de première instance a méconnu le droit et/ou constaté les faits ou apprécié les preuves de manière erronée [REETZ/THEILER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3^e éd., 2016, n. 36 ad art. 311 CPC]. Pour satisfaire à cette exigence, il ne lui suffit pas de renvoyer aux moyens soulevés en première instance, ni de se livrer à des critiques toutes générales de la décision attaquée. Sa motivation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre aisément, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que l'appelant attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1).

1.3.1 Conformément à l'art. 316 al. 3 CPC, l'instance d'appel peut librement décider d'administrer des preuves: elle peut ainsi ordonner que des preuves administrées en première instance le soient à nouveau devant elle, faire administrer des preuves écartées par le tribunal de première instance ou encore décider l'administration de toutes autres preuves (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1). L'administration des preuves ne peut avoir lieu que dans la limite des articles 150 ss CPC et des maximes de procédure applicables à la cause. Même dans ces limites, les parties n'ont pas un droit à l'administration de preuve : le juge d'appel peut y renoncer par une appréciation anticipée des preuves dénuée d'arbitraire, même si la maxime inquisitoire est applicable (CHABLOZ/DIESTCHY-MARTENET/HEINZMANN, Petit commentaire du code de procédure civile, 2021, n. 8 ad art. 316 CPC).

1.3.2 Aux termes de l'article 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Ces deux conditions sont cumulatives, la deuxième ne concernant toutefois par définition que les faux *nova* - ou *nova* improprement dits (arrêt 5A_695/2012 du 20 mars 2013 consid. 4.2.1) - à savoir les faits qui existaient déjà lors de la fixation de l'objet du litige devant le premier juge (JEANDIN, op.cit., n. 6 et 8 ad art. 317 CPC). S'agissant de tels faits, il incombe au

plaideur qui désire s'en prévaloir d'exposer précisément les raisons pour lesquelles le moyen de preuve n'a pas pu être produit en première instance (arrêts 5A_24/2017 du 15 mai 2017 consid. 4.2; 5A_456/2016 du 28 octobre 2016 consid. 4.1.1 et réf. cit.; cf. ég. ATF 143 III 42 consid. 4.1).

S'agissant des vrais *nova*, soit les faits qui se sont produits après le jugement de première instance - ou plus précisément après les débats principaux de première instance (art. 229 al. 1 CPC) -, la condition de nouveauté posée par la lettre b est sans autre réalisée et seule celle d'allégation immédiate doit être examinée (arrêts 5A_456/2016 du 28 octobre 2016 consid. 4.1.1; 5A_621/2012 du 20 mars 2013 consid. 5.1). Ces *nova* doivent, en principe, être invoqués dans le cadre du premier échange d'écritures (ATF 142 III 413 consid. 2.2.4). Lorsqu'un *novum* apparaît postérieurement à celui-ci, il convient de l'introduire en cause, en règle générale, dans un délai de 10 jours, voire de deux semaines (arrêt 4A_707/2016 du 29 mai 2017 consid. 3.3.2; SÖRENSEN, CPra Matrimonial, 2016, n. 12 ad art. 317 CPC; STEININGER, DIKE-Komm, 2^e éd., 2016 n. 5 ad art. 317 CPC; REETZ/THEILER, op.cit., n. 48 ad art. 317 CPC).

1.3.3 En l'espèce, l'appelante requiert l'interrogatoire des parties, l'audition de témoins ainsi que l'édition par Y _____ de la copie d'une lettre du 20 septembre 2018 et des correspondances en relation avec la fin de ses rapports contractuels avec D _____ SA (ci-après : D _____ SA).

L'interrogatoire des parties est demandé également par l'appelé. Ce moyen de preuve est cependant inutile dans la mesure où les parties ont eu tout loisir de s'exprimer dans leurs différentes écritures tout au long de la procédure. Par ailleurs, l'appelante n'indique pas l'identité des témoins dont elle requiert l'audition. Il n'est donc pas possible d'évaluer la pertinence de cette requête. L'édition de la lettre du 20 septembre 2018 a déjà été réclamée en première instance à l'appui de l'allégué 33, qui a été admis par l'intimé, admission qui a rendu ce moyen de preuve inutile. Enfin, l'édition de correspondances en lien avec la fin des rapports de travail avec D _____ SA n'est pas pertinente pour la solution de la présente cause. Ces différents moyens de preuve sont donc rejetés.

Pour le surplus, le dossier xxx C2 20 xxx a été édité d'office en cause.

1.3.4 L'appelante formule, sept nouveaux allégués (n^{os} 36 à 40, 50 et 59), étayés par de nouvelles pièces, numérotées de 51 à 54. L'intéressée avait connaissance de ces faits avant le dépôt de la requête de mesures provisionnelles le 24 février 2020. Il s'agit donc de *nova* improprement dits, excepté pour l'allégué 59 qui ne contient pas de date

et pour lequel il est donc impossible de déterminer s'il a été allégué à temps. Il est ainsi d'emblée irrecevable. Pour les autres allégués, l'appelante se contente d'indiquer, en page 2 de l'appel, qu'elle s'autorise à déposer quelques pièces complémentaires destinées à « pallier l'absence d'interrogatoire des parties qui aurait dû avoir lieu dans le cadre d'une administration normale de dite procédure de mesures provisionnelles ». Or, les faits et les moyens de preuve nouveaux de l'écriture d'appel du 20 avril 2020 sont tous antérieurs à l'introduction de la requête de mesures provisionnelles, hormis la pièce n° 52. L'appelante n'explique pas pour quels motifs elle n'a pas articulé ces éléments dans la procédure de première instance. Elle n'a, partant, pas fait preuve de la diligence requise, en sorte que les faits nouveaux sont irrecevables, à l'instar des moyens de preuve offerts pour les établir. Enfin, la pièce n° 52, postérieure à la décision de première instance, est invoquée à l'appui d'un allégué irrecevable (n° 36). Il n'en sera dès lors pas tenu compte.

L'appelé allègue également des faits nouveaux (nos 110, 111, 113, 117, 122, 153 et 154) et annexe à sa réponse des pièces nouvelles (nos 55 à 58), sans pour autant expliquer pour quels motifs ces éléments tous antérieurs au dépôt de la requête du 24 février 2020, respectivement de la réponse du 1^{er} avril 2020, n'ont pas été produits en première instance, si bien qu'ils sont irrecevables.

2.1 Dans la décision entreprise, le juge de district a tout d'abord relevé que la clause de prohibition de concurrence prévue dans le contrat de travail signé le 27 mai 2004 mentionne expressément la possibilité pour l'employeur d'exiger la cessation immédiate de la contravention, soit la possibilité de recourir à l'exécution réelle. Il a toutefois estimé que la nouvelle activité de l'intimé, commencée en février 2020, n'était pas de nature à causer un dommage difficilement réparable à la requérante. A l'appui de cette opinion, il a constaté que celle-ci avait proposé à l'intéressé, par correspondance du 15 août 2018, de réduire la clause de non-concurrence à une durée de deux ans, soit jusqu'au 30 juin 2020. Il a ajouté que la requérante pouvait toujours agir en réparation du dommage et en paiement de la peine conventionnelle, dont le montant apparaissait cependant élevé, compte tenu de la durée résiduelle de la clause précitée. Après avoir relevé que l'intimé avait quitté le service de la requérante depuis plus d'un an et demi, il a considéré que cette dernière n'avait pas rendu vraisemblable qu'un préjudice sensible pouvait lui être causé, le seul allégué relatif à un éventuel dommage faisant référence à des fournisseurs, notamment à la société italienne E _____, qui ne font pas partie de la clientèle visée par l'article 340 al. 2 CO. Enfin, il a mis en doute la validité de la clause de prohibition de concurrence du fait que l'intimé considérait que le congé qui lui avait

été initialement donné était injustifié et basé sur des motifs économiques, ce qui semblait vraisemblable au vu d'une correspondance dans laquelle la requérante admettait un retard dans le versement des salaires ainsi que de l'extrait des poursuites figurant en cause.

Partant, après une pesée des intérêts en présence, le juge de district a rejeté la requête de mesures provisionnelles.

2.2 L'appelante soutient tout d'abord que la proposition de réduire la durée de validité de la clause de prohibition de concurrence a été faite « sous les réserves d'usage » dans le cadre de négociations et a été rejetée par Y _____. Il n'était donc pas possible que le juge de district tienne compte de cet élément pour considérer que l'activité de l'intimé n'était pas de nature à lui causer un préjudice. A ce propos, ce magistrat a en outre omis de prendre en considération le fait que, dès l'engagement de Y _____ par D _____ SA, toute relation commerciale avec cette société a cessé, conduisant à une diminution de son chiffre d'affaires annuel de l'ordre 120'000. L'appelante fait également valoir que, par l'exploitation de sa nouvelle société, l'intimé devient un concurrent direct pour elle, contrairement à ce qu'a retenu le juge de district.

Se référant ensuite à l'article 340 al. 2 CO, l'appelante prétend que la prise de contact de Y _____ avec des fournisseurs de son ancien employeur relève de l'utilisation d'informations protégées par le secret d'affaires et constitue donc bien une violation de sa prohibition de concurrence. Elle soutient encore que la violation de la clause de non-concurrence par l'intimé est particulièrement lourde et aurait dû conduire à l'admission des mesures provisionnelles. A cet égard, elle souligne que le juge de district ne pouvait pas refuser la requête au motif qu'un dommage actuel et effectif n'a pas encore eu lieu. Cela reviendrait en effet à vider la clause de non concurrence de sa substance.

Enfin, c'est à tort que l'autorité de première instance a estimé qu'il était vraisemblable que la cause du licenciement de l'intimé soit un congé-représailles ou un congé économique. En réalité, le congé a suivi deux avertissements préalables adressés à son employé et c'est uniquement le comportement de ce dernier qui a amené à son licenciement.

3. Aux termes de l'article 261 al. 1 CPC, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (let. a) et que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (let. b). Le tribunal peut ordonner toute

mesure provisionnelle propre à prévenir ou à faire cesser le préjudice, soit notamment une interdiction (art. 262 let. a CPC).

Par préjudice, on entend tant les dommages patrimoniaux (diminution ou non-augmentation de l'actif ; augmentation ou non-diminution du passif) que les dommages immatériels (BOHNET et *alii*, Commentaire romand, n. 11 ad art. 261 CPC). Est difficilement réparable le dommage qui ne pourrait pas être entièrement supprimé, même si un jugement à intervenir devait lui donner gain de cause (CHABLOZ/DIESTCHY-MARTENET/HEINZMANN, *op.cit.*, n. 10 ad art. 261 CPC).

Il appartient au requérant de rendre vraisemblable, en principe par titre (art. 248 let. d et 254 al. 1 CPC), la menace d'un préjudice difficilement réparable ainsi que le bien-fondé de sa prétention matérielle. Dans cette mesure, le juge n'a pas à être persuadé de l'existence des faits allégués. Il doit, en se fondant sur des éléments objectifs, avoir l'impression que lesdits faits se sont produits, sans exclure pour autant la possibilité qu'ils se soient déroulés autrement (ATF 139 III 86 consid. 4.2; 132 III 140 consid. 4.1.2 p. 143; 130 III 321 consid. 3.3). Par ailleurs, il faut que, au terme d'un examen sommaire, la prétention matérielle invoquée lui apparaisse fondée (BOHNET et *alii*, *op.cit.*, n. 7 ad art. 261 CPC).

Lorsque la décision de mesures provisionnelles constitue une mesure d'exécution anticipée provisoire susceptible d'avoir un effet définitif - à savoir lorsque le litige n'a plus d'intérêt au-delà du prononcé de la mesure requise -, il y a lieu de tenir compte du fait que de telles mesures portent une atteinte particulièrement grave à la situation juridique de la partie citée. Celles-ci ne sont dès lors admises que de façon restrictive et sont soumises à des exigences beaucoup plus élevées. Ces exigences portent aussi bien sur l'existence des faits pertinents que sur l'ensemble des conditions d'octroi des mesures en cause, en particulier sur l'appréciation de l'issue du litige sur le fond et des inconvénients respectifs pour le requérant et pour le requis, selon que la mesure soit ordonnée ou refusée (ATF 138 III 378 consid. 6.4; 131 III 473 consid. 2.3 et 3.2).

4.1 Suivant l'article 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. D'autres comportements peuvent y être assimilés, notamment le fait de débaucher du personnel ou des clients (AUBRY GIRARDIN, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 14 ad art. 340 CO; ATF 130 III 353 consid. 2.1.1), étant précisé que l'employé peut s'interdire

seulement ce dernier comportement (AUBERT, Commentaire romand, Code des obligations I, 2^e éd., 2012, n. 1 ad art. 340 CO).

4.2 L'article 340 al. 2 CO dispose que 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 (1^o) et si l'utilisation de ces renseignements est de nature à causer à l'employeur un préjudice sensible (2^o).

Pour ce qui est de la "connaissance de la clientèle", on ne vise pas le simple accès à la liste nominative des clients, mais bien les relations entre le salarié et la clientèle visée (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 2012, n. 9 ad art. 340 CO). Il faut que, dans le cadre de son travail, le salarié ait des contacts avec les clients et connaisse leurs souhaits et préférences, de sorte à pouvoir satisfaire leurs besoins de manière plus efficace grâce aux connaissances acquises chez son ancien employeur (ATF 138 III 67 consid. 2.2.1; cf. déjà ATF 81 II 152 consid. 2b; AUBRY GIRARDIN, op.cit., n. 25 ad art. 340 CO). Selon la seconde condition, il doit y avoir une relation de causalité - nécessaire et adéquate - entre les connaissances acquises et le risque, après la rupture des rapports de travail, de provoquer un préjudice sensible à l'ancien employeur (arrêt 4A_466/2012 du 12 novembre 2012 consid. 3.2 et 4.1); à cet égard, il suffit que la possibilité d'un dommage existe, l'employeur n'ayant pas à prouver de dommage effectif (ATF 91 II 372 consid. 7; WYLER, Droit du travail, 2019, p. 913; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op.cit., n. 15 ad art. 340 CO).

En résumé, le travailleur doit être amené, dans le cadre des rapports de travail, à connaître la clientèle ou des secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur, et doit aussi pouvoir causer, en cas de rupture des rapports de travail, un préjudice à l'employeur en exploitant les éléments dont il acquiert connaissance en étant à son service. Le défaut de l'une de ces conditions cumulatives entraîne la nullité de la clause de prohibition de concurrence (arrêts 4A_417/2008 du 3 décembre 2008 consid. 4.1; 4A_31/2010 du 16 mars 2010 consid. 2.1, in JdT 2011 II p. 220; WYLER, op. cit., p. 907 ss; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op.cit., n. 4 ad art. 340 CO).

4.3 A teneur de l'article 340a al. 1 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; elle ne peut excéder trois ans qu'en cas de circonstances particulières.

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 un préjudice (arrêts 4A_466/2012 précité consid. 5.2.1; 4C.44/2002 du 9 juillet 2002 consid. 2.4; PORTMANN/WILDHABER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4^e ed., 2020, n. 826).

D'un point de vue temporel, une interdiction de concurrence ne peut dépasser trois ans sauf circonstances particulières (cf. art. 340a al. 1 CO), dont il appartient à l'employeur de démontrer l'existence (WYLER, op. cit., p. 915; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, n. 3 ad art. 340a CO). La loi pose la présomption selon laquelle des interdictions plus longues ne sont pas appropriées. Cela ne signifie pas déjà que des interdictions plus courtes ou de trois ans précisément sont justifiées. Le type de connaissance à protéger est déterminant pour apprécier la durée de l'interdiction. Les secrets de fabrication et d'affaires justifient normalement une plus longue durée que la simple connaissance de la clientèle (ATF 91 II 372 consid. 8a; 61 II 90 consid. 2), car les connaissances acquises en ce dernier domaine ne peuvent léser le précédent employeur en principe que pendant une courte période, correspondant à celle permettant audit employeur d'introduire son nouveau salarié auprès de la clientèle; par la suite, le travailleur ne peut plus débaucher la clientèle de son ancien employeur, ou seulement en raison de ses compétences personnelles, ce qui n'est plus couvert par l'interdiction de concurrence (ATF 91 II 372 consid. 8b; STAEHELIN, Der Arbeitsvertrag, 2014, n. 3 ad art. 340a CO). Cela concorde avec l'article 340c al. 1 CO, car la prohibition de concurrence tombe lorsque l'employeur n'a plus d'intérêt réel à ce qu'elle soit maintenue. La doctrine prend pour référence une durée de l'ordre de six mois (AUBRY GIRARDIN, op.cit., n. 12 ad art. 340a CO; STAEHELIN, op.cit., n. 16 ad art. 340 CO et n. 3 ad art. 340a CO; PORTMANN/WILDHABER, op.cit., n. 834; NEERACHER, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, 2001, p. 53). Si, par le passé, la Haute Cour a admis des délais plus longs (1 an [arrêt 4C.360/2004 du 19 janvier 2005, dans un cas où la prohibition de concurrence était limitée à trois entreprises] ou 2 ans [ATF 91 II 372, dans un cas où l'interdiction était géographiquement limitée aux cantons d'Obwald et Nidwald]), sa jurisprudence actuelle s'en tient à la même valeur de référence que celle préconisée par la doctrine, soit six mois (sur l'ensemble de la question, cf. arrêt 4A_62/2011 du 20 mai 2011 consid. 4.1.1 et 4.1.3).

Enfin, l'interdiction de concurrence ne doit pas compromettre l'avenir économique du travailleur contrairement à l'équité (ATF 130 III 353 consid. 2; 96 II 139 consid. 3b). 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 (arrêt 4A_466/2012 précité consid. 5.2.2; AUBERT, op.cit., n. 6 ad art. 340a

CO). Il convient également de prendre en compte le fait que le bénéficiaire de l'interdiction de concurrence verse ou non une indemnité de carence au travailleur (cf. art. 340a al. 2 CO; ATF 130 III 353 consid. 2; 91 II 372 consid. 8b; arrêt 4A_62/2011 précité consid. 3.1).

Finalement, le fait que les circonstances doivent être appréciées globalement signifie que les restrictions apportées quant au lieu et au genre d'affaires sur une très courte période peuvent être bien plus grandes que sur une longue période. De la même manière, la prohibition de concurrence peut concerner plus de types d'affaires différents lorsque la limitation est étroitement délimitée d'un point de vue géographique; inversement, une interdiction prévue dans le monde entier ne se justifie que si l'activité prohibée est circonscrite de manière très étroite, de telle sorte que le travailleur puisse sans autre bifurquer vers une autre voie professionnelle (arrêts 4A_62/2011 précité consid. 3.1; 4C.44/2002 précité consid. 2).

4.4 Conformément au principe de l'art. 163 al. 3 CO, le juge doit réduire le montant de la peine conventionnelle dont la quotité est excessive. A cet égard, il tiendra notamment compte de l'ensemble des circonstances, en particulier de la durée de l'emploi, du montant de la rémunération du travailleur, de sa position hiérarchique et de l'absence de preuve d'un dommage par l'employeur (WYLER, op.cit., p. 925-926). Dans la pratique, le salaire annuel du travailleur constitue un maximum, qui n'est que rarement alloué (arrêts 4A_468/2016 du 6 février 2017 consid. 6.1 et les réf. citées).

Est ainsi considérée comme admissible une peine conventionnelle de 100'000 francs, laquelle correspond à environ huit mois du revenu que réalisait le travailleur au service de son employeur et à environ trois mois d'honoraires générés par ce dernier au profit de son employeur (arrêt 4A_107/2011 du 25 août 2011 consid. 3.4). De même, a été admise une peine conventionnelle de 36'000 francs, correspondant à six mois de salaire (arrêt 4A_126/2009 du 12 juin 2009 consid. 5).

4.5 Suivant l'article 340b al. 3 CO, l'employeur peut exiger, s'il s'en est expressément réservé le droit par écrit, outre la peine conventionnelle et les dommages-intérêts supplémentaires éventuels, la cessation de la contravention lorsque celle-ci est justifiée par l'importance des intérêts lésés ou menacés de l'employeur et par le comportement du travailleur.

4.6 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; d'autre part, la

lésion ou la mise en danger des intérêts de celui-ci, ainsi que le comportement du travailleur, doivent justifier l'interdiction ou la suspension de l'activité concurrente; ces deux dernières conditions matérielles sont cumulatives.

L'interdiction de faire concurrence peut apparaître comme une simple mesure conservatoire qui tend au maintien de l'objet du litige, mais elle implique aussi pour l'employé une restriction dans l'exercice de son droit et l'exécution anticipée du jugement au fond, raison pour laquelle on peut la considérer comme une mesure d'exécution anticipée.

La décision sur la requête de mesures provisionnelles a une importance particulière dans la mesure où, dans un cas comme dans l'autre, par rapport aux intérêts de l'employeur et du travailleur, elle peut conduire à un résultat inéquitable. Il s'ensuit qu'elle ne peut être rendue qu'au terme d'une pesée globale des intérêts contradictoires en présence et de l'examen des conditions particulières aux mesures provisionnelles requises. Plus une mesure provisionnelle atteint de manière incisive la partie citée, plus il convient de fixer de hautes exigences pour faire reconnaître le bien-fondé de la demande quant à l'existence des faits pertinents et au fondement juridique de la prétention. 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. En raison du caractère particulièrement sensible des intérêts touchés, la protection juridique provisoire ne doit être accordée que lorsque la demande apparaît fondée de manière relativement claire, au vu de l'état de fait rendu vraisemblable. Sous l'angle des inconvénients subis par les parties, les considérations financières ne sont pas les seules déterminantes. Vis-à-vis du demandeur et employeur, il faut tenir compte de l'écoulement du temps, pour éviter qu'une clause de prohibition de concurrence ne devienne sans effet à cause de la durée de la procédure au fond. Du côté du travailleur, le risque du dommage engendré par une mesure provisionnelle injustifiée peut dépasser la perte de salaire pendant la durée de la procédure au fond, notamment en considération des difficultés créées pour son avenir économique et de la perte d'expérience encourue pendant l'interdiction provisoire.

En résumé, plus les mesures provisionnelles sont susceptibles de porter atteinte à la situation du travailleur, plus les inconvénients subis par l'employeur doivent l'emporter dans la pesée des intérêts contradictoires et plus la demande, au fond, doit être assortie de grandes chances de succès. La pesée des intérêts en présence, indissociable de

toute procédure de mesures provisionnelles, revêt ainsi une importance encore plus décisive en matière d'interdiction provisoire de faire concurrence (ATF 131 III 473 consid. 3.2).

5.1 L'appelante reproche tout d'abord au juge de district d'avoir pris en considération le courrier du 15 août 2018 proposant une réduction de durée de la clause de prohibition de concurrence à deux ans. Il est toutefois d'emblée relevé que c'est la requérante elle-même qui a produit cette pièce (cf. pièce n° 9 annexée à la requête du 24 février 2020). Il est donc parfaitement incohérent de sa part, d'une part, de fournir une pièce au juge de district et, d'autre part, de lui reprocher d'avoir tenu compte de cette même pièce dans son appréciation des chances de succès du litige au fond.

A ce propos par ailleurs, l'appelante ne critique pas, à juste titre, l'opinion dudit juge selon laquelle le montant de la peine conventionnelle prévue par la clause litigieuse paraît élevé au vu de la jurisprudence précitée (cf. consid. 4.4 *supra*).

5.2 Critiquant ensuite la décision entreprise dans la mesure où elle retient qu'aucun préjudice difficilement réparable résultant de la nouvelle activité de l'appelé n'aurait été rendu vraisemblable, l'appelante invoque une diminution de son chiffre d'affaires de l'ordre de 120'000 francs. Il y a toutefois lieu de constater que ce fait ne ressort nullement du dossier de première instance et a été allégué pour la première fois dans la présente procédure d'appel. Cette prétendue perte de chiffre d'affaires ayant eu lieu en 2018-2019, elle ainsi est alléguée tardivement, de manière non excusable, et est donc irrecevable (cf. chiffre 1.3.2 *supra*).

Par ailleurs, en tant que l'appelante fait valoir que l'activité déployée par la nouvelle société de l'appelé est de nature à lui causer une concurrence directe, sur le territoire suisse, elle n'a jamais établi en quoi une telle activité serait de nature à lui causer un préjudice difficilement réparable. Le seul lien reconnu entre Y _____ et son ancienne activité pour X _____ SA est le fournisseur qu'il aurait contacté, soit la société italienne E _____. Or, comme l'a justement retenu le juge de district, les fournisseurs ne font pas partie de la clientèle visée par l'art. 340 al. 2 CO. De plus, selon la doctrine, il appartient à l'employeur d'établir l'existence d'un secret d'affaires (STREIF/VON KAENEL/RUDOLF, op.cit., n. 14 ad art. 340 CO). Or, en l'occurrence, l'existence d'un tel secret concernant le nom des fournisseurs de l'appelante n'est ni alléguée, ni prouvée. Il en va de même d'un éventuel préjudice difficilement réparable qui serait causé du fait du contact de l'intimé avec le fournisseur précité.

5.3 S'il est vrai, comme le relève l'appelante, que des mesures provisionnelles ne peuvent être refusées au seul motif que la requérante n'a pas encore subi de dommage effectif (cf. consid. 4.2 *supra*), il n'en demeure pas moins que les autres conditions fixées par l'article 261 CPC et par la jurisprudence en matière de prohibition de concurrence doivent être remplies. Or, tel n'est pas le cas en l'espèce. En effet, l'appelante ne démontre, ni ne rend vraisemblable, aucun préjudice difficilement réparable qui lui serait infligé du fait de la violation par l'intimé de la clause de non-concurrence litigieuse, pour autant que cette dernière soit valide. Elle ne dissipe pas non plus les doutes soulevés par le juge de district quant à la validité matérielle de l'interdiction au regard de l'article 340c al. 2 CO – cela quand bien même deux avertissements ont effectivement été adressés à l'appelé avant son licenciement (cf. pièces n^{os} 29 et 31 annexées à la réponse du 1^{er} avril 2020) –, ce qui provoque des incertitudes quant au bien-fondé de la prétention juridique invoquée. Enfin, en effectuant la pesée des intérêts en présence, l'autorité inférieure a tenu compte des inconvénients respectifs pour la requérante et pour le requis, si les mesures provisionnelles sollicitées devaient être ordonnées ou refusées. Elle est arrivée à la conclusion, à bon droit, que l'intérêt de l'intimé devait l'emporter, étant donné que l'acceptation de la requête conduirait à le priver de tout salaire et que la requérante était toujours en mesure de demander la réparation d'un éventuel dommage s'il devait survenir, ainsi que le paiement de la peine conventionnelle, cas échéant réduite, si la clause devait être considérée comme valide.

5.4 Dès lors, c'est à bon droit que le juge de district a rejeté la requête de mesures provisionnelles qui lui était soumise. Par conséquent, le présent appel doit être rejeté.

6.1 Vu le sort de ce dernier, il n'y a pas lieu de modifier la répartition des frais de première instance (art. 318 al. 3 CPC *a contrario*). Fixés à 800 fr., montant non contesté, ils sont mis à la charge de l'appelante qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

La demanderesse versera à la défenderesse une indemnité de 1800 fr., montant non entrepris, à titre de dépens pour la procédure de première instance.

6.2 Les frais de seconde instance doivent être supportés par l'appelante qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

6.2.1 Compte tenu de l'ampleur de la cause, de sa difficulté usuelle, de la valeur litigieuse, de la situation financière des parties, ainsi que des principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations (art. 13 al. 1 et 2, 18 LTar), l'émolument forfaitaire de décision (art. 95 al. 2 let. b CPC), calculé par référence au barème

applicable en première instance, est arrêté à 1'500 fr. (art. 18 et 19 LTar). Le surplus de 1000 fr. payé par avance sera restitué à l'appelante.

6.2.2 Aux termes de l'article 27 LTar, les honoraires sont fixés entre un minimum et un maximum prévus par le présent chapitre, d'après la nature et l'importance de la cause, ses difficultés, l'ampleur du travail, le temps utilement consacré par le conseil juridique, et la situation financière de la partie (al. 1). Les honoraires sont, en règle générale, proportionnels à la valeur litigieuse (al. 2).

Les honoraires sont calculés par référence au barème applicable en première instance, compte tenu d'un coefficient de réduction de 60 % (art. 35 al. 1 let. a LTar). Dans les autres contestations et affaires civiles, les honoraires sont fixés entre 1'100 et 11'000 francs (art. 34 al. 1 LTar).

L'activité de la mandataire de l'appelé a consisté à prendre connaissance de l'appel, à rédiger une réponse, reprenant en partie l'écriture du 1^{er} avril 2020 produite en première instance, ainsi qu'une courte duplique. Eu égard au degré ordinaire de difficulté de la cause, ses honoraires sont arrêtés au montant de 1500 francs, débours compris, pour la procédure d'appel.

Par ces motifs,

Prononce

1. L'appel est rejeté et la décision du 8 avril 2020 du juge du district de A _____ est confirmée.
2. Les frais judiciaires, par 2300 francs (première instance : 800 fr.; appel : 1500 fr.), sont mis à la charge de X _____ SA.
3. X _____ SA versera à Y _____ une indemnité de 3300 francs (première instance : 1800 fr.; appel : 1500 fr.) à titre de dépens.

Sion, le 17 mars 2021