

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/14818/2012

ACJC/1721/2012

ORDONNANCE

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 23 NOVEMBRE 2012

Entre

A_____ **SARL**, sise _____ (Genève), requérante en mesures provisionnelles du 18 juillet 2012 comparant par Me Vaïk Muller, avocat, 11, rue du Général-Dufour, 1204 Genève, en l'Etude duquel elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B_____, domicilié _____ Genève, cité, comparant par Me Thierry Ulmann, avocat, 4, route des Jeunes, 1227 Les Acacias, en l'Etude duquel il fait élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 28.11.2012.

EN FAIT

A. a. A_____ SARL est une société de droit suisse, inscrite au Registre du commerce de Genève le _____ 2010. Elle a pour but le consulting en gestion et communication; l'étude, la réalisation et la commercialisation de logiciels; l'établissement de programmes de gestion et de communication, de leur conception à leur réalisation technique et leur mise en œuvre; toutes activités d'édition, de coédition, de publication, de confection, de diffusion, d'impression et de commerce de livres, journaux, revues et périodiques; toutes activités dans les domaines de la vente et de la publicité. C_____ est associé-gérant de la société et dispose de la signature individuelle (pièce 1 requérante).

b. C_____ et B_____ se connaissent depuis 1988. A cette époque, C_____ travaillait comme dessinateur en génie civil et B_____ suivait un apprentissage dans la même entreprise.

En 2006, C_____ et B_____ ont renoué contact, en vue du développement de divers projets.

c. En 2009/2010, B_____ a développé, de manière indépendante, plusieurs codes source et logiciels pour le travail d'édition (procès-verbal de cp du 12.11.2012 p. 6).

d. Lors de la création de la société A_____ SARL, C_____ et B_____ collaboraient sur le développement d'un logiciel.

Aucun contrat de travail n'a été conclu entre respectivement A_____ SARL ou C_____ et B_____ (procès-verbal de cp du 12.11.2012 p. 4 et 5).

Selon C_____, les termes de leurs relations juridiques, qui devaient être définis, ne l'ont finalement pas été. B_____ estime pour sa part qu'il était associé dans la société, raison pour laquelle il n'avait pas perçu de salaire (procès-verbal de cp du 12.11.2012 p. 4 et 5).

e. Fin 2010/début 2011, le code-source et l'ensemble des applications nécessaires au fonctionnement d'un nouveau logiciel ont été créés. Grâce à ce logiciel, nommé "A_____ publisher", l'application Apple Ipad et Iphone "D_____" a été publiée. "D_____" permet d'éditer un magazine dans le domaine de l'horlogerie.

Selon A_____ SARL, le code-source et le logiciel ont vu le jour grâce à l'engagement de plusieurs collaborateurs, soit un développeur du code-source, un développeur de logiciel et un informaticien indépendant. B_____ n'avait travaillé ni sur le code-source, ni sur le logiciel, se contentant de proposer des idées portant sur le marketing.

B_____ le conteste, le code-source ayant été créé par l'utilisation de plusieurs codes source qu'il avait lui-même développés par le passé (procès-verbal de cp du 12.11.2012 p. 5).

f. En février 2012, A_____ SARL a licencié son personnel.

Elle a allégué des difficultés financières.

g. Le 23 février 2012, les relations entre B_____ et A_____ SARL ont pris fin.

h. Par courrier du 23 mars 2012, B_____ indiquait à A_____ SARL qu'il continuerait de développer ses projets de manière indépendante, "notamment ceux liés au programme informatique" ayant permis la création des applications Iphone "D_____". Ce programme était en cours de développement, et il se réservait le droit de le finaliser et de le "commercialiser librement à son profit exclusif". Il a précisé qu'il avait intégralement conceptualisé ces projets. Dans l'hypothèse où A_____ SARL entendait faire valoir un droit exclusif sur ces projets, une équitable rémunération lui serait due (pièce 9 requérante).

i. Le 1er juin 2012, le conseil d'A_____ SARL a mis en demeure B_____ de lui restituer tous les biens de propriété intellectuelle dont elle est titulaire, en particulier le code-source de tous les logiciels, applications serveur et sites internet développés pour le compte de la société.

j. Par requête déposée le 18 juillet 2012 au greffe de la Cour de justice, A_____ SARL a sollicité le prononcé de mesures provisionnelles. Elle conclut à ce que la Cour : constate la vraisemblance de la titularité des droits de la société A_____ SARL sur le logiciel A_____ publisher, constate la vraisemblance de la violation des droits d'auteur de la société A_____ SARL et l'urgence de la situation, constate le comportement déloyal de B_____ et, cela fait, à ce que la Cour ordonne à B_____ de cesser toute commercialisation ou toute autre utilisation du logiciel à des tiers, sous la menace des peines prévues à l'art. 292 CP et ordonne à B_____ la mise sous main de justice de l'ensemble du code-source et de tous les autres éléments liés, notamment les fichiers finaux ou éditables, sous la menace des peines prévues à l'art. 292 CP, avec suite de frais et dépens.

Elle fait valoir que B_____ ne peut pas se prévaloir de la titularité exclusive du logiciel "A_____ publisher". Celui-ci avait commercialisé une application pour F_____, grâce à ce logiciel. Ses droits d'auteur étaient ainsi atteints. L'attitude de B_____ était propre à nuire à la société, tant sur le plan commercial que s'agissant de sa réputation, engendrant un préjudice difficilement réparable. Une protection immédiate de ses droits était ainsi indispensable.

A_____ SARL se prévaut tant des dispositions de la Loi sur les droits d'auteur (ci-après : LDA) que de celles prévues dans la Loi sur la concurrence déloyale (ci-après : LCD).

k. Dans sa réponse du 22 août 2012, B_____ conclut à l'irrecevabilité des conclusions constatatoires d'A_____ SARL et au déboutement de celle-ci de l'ensemble de ses conclusions, avec suite de frais et dépens.

Il indique qu'A_____ SARL n'a pas décrit le logiciel sur lequel porte la prétention invoquée, ni ses caractéristiques. Elle ne démontrait ainsi pas être titulaire des droits liés au logiciel "A_____ publisher". Son comportement ne pouvait être considéré comme déloyal. Par ailleurs, elle n'avait pas rendu vraisemblable, d'une part, qu'il entendait commercialiser un logiciel, et, d'autre part, que ce logiciel serait identique à celui dont A_____ SARL se prévaut être titulaire des droits. En outre, la situation ne revêtait aucune urgence, dès lors qu'A_____ SARL ne faisait pas valoir avoir commercialisé le logiciel ou vouloir le faire. Enfin, l'existence d'un préjudice difficilement réparable n'était pas démontrée.

l. A l'audience d'interrogatoire des parties du 30 août 2012, A_____ SARL a estimé le préjudice subi à 100'000 fr. Elle a indiqué que la valeur d'un code-source était difficilement estimable.

La Cour a, statuant d'entente entre les parties, donné acte à B_____ de son engagement à ne pas utiliser le logiciel "A_____ publisher" pour une durée de 60 jours (sans reconnaissance quelconque des faits allégués par A_____ SARL), sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP, chacune des parties conservant ses propres dépens.

Une nouvelle audience a été fixée le 12 novembre 2012.

m. Le 25 octobre 2012, A_____ SARL a informé la Cour que malgré les efforts consentis, aucune transaction n'avait pu intervenir entre les parties. Elle a sollicité l'audition de E_____.

n. Par ordonnance de preuve du 30 octobre 2012, la Cour a autorisé les parties à prouver leurs allégués, a admis l'audition du témoin sollicité ainsi que l'interrogatoire et la déposition des parties.

o. A l'audience d'audition de témoin et d'interrogatoire des parties, E_____ ne s'est pas présenté.

B_____ a déclaré que dans le cadre de son activité au sein d'A_____ SARL, il avait eu accès à l'ensemble du code-source et des autres éléments liés au logiciel, lesquels se trouvaient dans son ordinateur. Le logiciel n'était pas terminé lorsqu'il

avait quitté la société en raison des nombreuses erreurs présentes dans le code-source. Il ne pouvait dès lors pas être commercialisé. Il était parti en emportant son ordinateur portable. Il estimait être à tout le moins titulaire de la moitié des droits sur le logiciel et notamment du code-source.

B_____ a précisé que depuis plusieurs années, il avait développé plusieurs codes sources, lesquels avaient été utilisés par les collaborateurs d'A_____ SARL pour créer le code-source litigieux. E_____ avait fait de la programmation du logiciel développé par A_____ SARL.

70% à 80% de codes sources similaires, disponibles librement dans internet, étaient utilisés pour créer un nouveau code-source. Celui-ci était écrit en connectant les autres codes sources et faisait l'objet d'un peu de programmation.

En mars 2012, il avait offert ses services à F_____ mais n'avait pas fourni le logiciel développé par A_____ SARL. Il avait développé un nouveau logiciel, inspiré de celui-là.

A_____ SARL a expliqué que le code-source était identique dans les logiciels dénommés "A_____ publisher" et "FinalApp". B_____ ne pouvait pas avoir créé un nouveau logiciel entre son départ de la société en février 2012 et son offre faite en mars 2012 à F_____. En effet, le développement d'un logiciel prenait entre 6 à 8 mois.

Elle a précisé que B_____ n'avait effectué aucune programmation sur le code-source et le logiciel litigieux; il avait effectué le travail en relation avec les concepts du logiciel.

A_____ SARL a renoncé à l'audition du témoin.

La cause a été gardée à juger à l'issue de l'audience.

- B.** L'argumentation juridique des parties sera examinée ci-après dans la mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

- 1.** **1.1.** Saisie directement par une requête de mesures provisionnelles, la Cour doit en examiner la recevabilité d'office.

1.2. Aux termes de l'art. 5 al. 1 let. a et d CPC et l'art. 120 al. 1 let. a LOJ, la Cour de justice connaît en instance unique de tout litige portant sur des droits de propriété intellectuelle, y compris en matière de nullité, de titularité et de licences d'exploitation ainsi que de transfert et de violation de tels droits, de même que des

litiges relevant de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD) lorsque la valeur litigieuse dépasse 30'000 fr.

La requérante se fonde notamment sur une violation de la loi sur le droit d'auteur (LDA) dont les conclusions prises ne revêtent pas un caractère pécuniaire, et sur des actes de concurrence déloyale, qu'elle chiffre à 100'000 fr. Partant, la Cour de justice est compétente à raison de la matière pour connaître de la présente requête de mesures provisionnelles.

2. En matière de mesures provisionnelles, il faut seulement se demander, sur la base d'un examen sommaire de la question fondé sur la vraisemblance, si les prétentions de la partie requérante n'apparaissent pas vouées à l'échec (ATF 108 II 69, JdT 1982 I 528 consid. 2a). Selon le Tribunal fédéral, le juge, statuant sur la base de la simple vraisemblance, n'a pas à être persuadé des allégations de la partie requérante. Il suffit qu'en présence d'éléments objectifs, il acquière l'impression que les faits pertinents se sont produits, sans qu'il doive exclure pour autant la possibilité qu'ils se seraient déroulés autrement; quant aux questions de droit, il peut se livrer à un examen sommaire (ATF 130 III 321 = JdT 2005 I 618, consid. 3.3; ATF 131 III 473 consid. 2.3; SJ 2006 I 371 consid. 3.2; HOHL, Procédure civile, Tome II, 2010 n. 1773 p. 325; TROLLER, op. cit., p. 420, 421).

Il s'ensuit que les conclusions constatatoires de la requérante ne sont pas recevables, dès lors que la Cour n'examine que sommairement, sur la base des preuves recueillies, dans le cadre d'une instruction limitée, si la requérante rend vraisemblable les conditions d'octroi d'une mesure provisionnelle. Il appartient au juge du fond de statuer sur la titularité des droits d'auteur, après instruction approfondie.

3. **3.1** Aux termes de l'art. 261 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 et que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable.

L'art. 262 CPC prévoit que le tribunal peut ordonner toute mesure provisionnelle propre à prévenir ou à faire cesser le préjudice, notamment les mesures suivantes: l'interdiction, l'ordre de cessation d'un état de fait illicite, l'ordre à une autorité qui tient un registre ou à un tiers, la fourniture de prestation en nature et le versement d'une prestation en argent, lorsque la loi le prévoit.

Les conditions prévues par l'art 261 al. 1 CPC sont les mêmes que celles prévues par l'art. 28c al. 1 aCC en matière de protection de la personnalité auquel la Loi sur la concurrence déloyale (LCD) renvoyait. Ces dispositions ont été abrogées par le CPC, ce qui n'empêche pas de s'inspirer de la jurisprudence rendue sous l'ancien droit.

Les mesures envisagées par le CPC visent en particulier à assurer le succès d'une exécution forcée ultérieure. Il s'agit de mesures dites conservatoires. Elles peuvent également consister en des mesures de réglementation visant à régler un rapport de droit pendant la période du procès. Enfin, les mesures provisoires peuvent également consister en une exécution anticipée provisoire, tendant à obtenir à titre provisoire l'exécution totale ou partielle de la prétention qui fait l'objet des conclusions de la demande au fond (HOHL, Procédure civile, vol. I, Berne 2011, § 29, ch. 1737).

3.2 L'octroi de mesures provisionnelles est soumis aux quatre conditions cumulatives suivantes : une prétention au fond, une atteinte ou le risque d'une atteinte à celle-ci, le risque d'un préjudice irréparable, et l'absence de sûretés appropriées.

En premier lieu, le requérant doit rendre vraisemblable qu'il est titulaire d'une prétention au fond. En outre, il faut que le requérant soit atteint ou menacé dans ses droits. Le juge doit donc évaluer les chances de succès de la demande au fond pour déterminer, si le requérant a rendu vraisemblable la possibilité d'une issue favorable de l'action (ATF 108 II 69 consid. 2, Arrêt du Tribunal fédéral 5A_832/2008; HOHL, op. cit., § 29, ch. 1755 et 1756; TROLLER, Précis du droit suisse des biens immatériels, 2006, p. 420).

S'agissant de l'atteinte ou du risque d'une atteinte à une prétention, toute mesure provisionnelle implique qu'il y ait une urgence. Le requérant doit rendre vraisemblable la nécessité d'une protection immédiate en raison d'un danger imminent menaçant ses droits, soit parce qu'ils risquent de ne plus pouvoir être consacrés, ou seulement tardivement. Le risque du préjudice difficilement réparable implique l'urgence (Arrêt du Tribunal fédéral 4P.69/2001; BOHNET, op. cit., ch. 85, pp. 219 et 220, Message du CPC, ad art. 257, p. 6961). La condition de l'urgence implique également que le lésé doit agir sans laisser s'écouler trop de temps avant de déposer sa requête; à défaut la requête pourra être déclarée tardive et être rejetée de ce fait (SCHLOSSER, in SIC! 2005, Zurich, p. 354).

Selon le Tribunal fédéral, l'urgence est une notion relative qui comporte des degrés et qui s'apprécie moins selon des critères objectifs qu'au regard des circonstances (TF, 4P.263/2004 du 1.2.2005 consid. 2.2). En principe, une requête de mesures provisionnelles sera rejetée s'il s'avère qu'une procédure ordinaire introduite à temps aurait abouti à un jugement au fond dans des délais équivalents (BOHNET, La procédure sommaire, in Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour les praticiens, 2010 n. 86 p. 220).

Le fait que le requérant tarde quelque peu à requérir les mesures provisionnelles n'est pas un indice d'absence d'urgence. Au contraire, le retard peut accentuer

l'urgence, notamment lorsqu'il est la conséquence de pourparlers entre les parties ou de sondages effectués sur le marché par le requérant, ou encore lorsqu'il résulte du fait que l'ayant droit a attendu pour être certain que les agissements illicites déployaient des effets dommageables (TROLLER, op. cit., p. 423). Toutefois, la temporisation du requérant durant plusieurs mois à dater de la connaissance de l'atteinte ou du risque d'atteinte peut signifier qu'une protection n'est pas nécessaire, voire constituer un abus de droit (HOHL, op. cit., n. 1761 p. 323).

La notion de préjudice difficilement réparable comprend tout préjudice, de nature patrimoniale ou immatérielle. Cette condition est remplie même si le dommage peut être réparé en argent, s'il est difficile à évaluer ou à démontrer ou que la décision serait difficilement exécutée (Message du CPC ad art. 257, p. 6961).

En droit des marques ou en matière de concurrence déloyale, un risque de préjudice difficilement réparable est en principe admis dans la mesure où le dommage subi est en règle générale difficile à prouver (SCHLOSSER, op. cit., p. 346 et ss).

Enfin, la mesure doit respecter le principe de la proportionnalité, par quoi on entend qu'elle doit être adaptée aux circonstances de l'espèce et ne pas aller au-delà de ce qu'exige le but poursuivi. Les mesures les moins incisives doivent avoir la préférence. La mesure doit également se révéler nécessaire, soit indispensable pour atteindre le but recherché, toute autre mesure ou action judiciaire ne permettant pas de sauvegarder les droits du requérant (Message CPC ad art. 258, p. 6962). L'examen du droit et la pesée des intérêts en présence ne s'excluent pas : le juge doit pondérer le droit présumé du requérant à la mesure conservatoire avec les conséquences irréparables que celle-ci peut entraîner pour le défendeur (HOHL, op. cit., n. 1780, 1781 et réf. citées). La mesure d'exécution anticipée provisoire qui a, en pratique, un effet durable, voire définitif, et qui porte une atteinte particulièrement grave à la situation juridique du défendeur, doit être soumise à des conditions plus strictes (HOHL, op. cit., n. 1830 p. 334).

4.1 Selon l'art. 2 al. 3 LDA, les programmes d'ordinateurs (logiciels) sont également considérés comme des œuvres.

Le programme d'ordinateurs se présente comme un ensemble d'instructions pouvant, une fois transposées sur un support et sous une forme déchiffrable par machine, permettre à une machine capable de traiter des informations d'effectuer certaines tâches ou de montrer ou d'obtenir certains résultats. Le programme est composé du programme primaire ou source, également appelé code-source, à savoir la rédaction du programme dans l'une des langues de programmation (TROLLER, op. cit., p. 155).

Les logiciels englobent tous les processus complets rédigés dans une langue de programmation et servant à résoudre une tâche déterminée. La protection vaut tant pour le code-source que pour le code-objet du programme. Les principes et les idées qui sous-tendent les logiciels, en particulier les algorithmes et la logique du programme, ne font pas partie du domaine protégé (BARRELET/EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur, Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins*, troisième édition, Berne, 2008, n. 24 ad art. 2 LDA, p. 21).

L'œuvre, qu'elle soit fixée sur un support matériel ou non, est protégée par le droit d'auteur dès sa création (art. 29 al. 1 LDA).

Pour les logiciels, le degré d'individualité requis ne devra pas être trop élevé. Cela n'exclut toutefois pas qu'une certaine individualité soit nécessaire. Il faut que le logiciel soit bâti sur une structure unique et autonome, reconnaissable à travers toutes les variantes et combinaisons d'effets qu'elle permet de réaliser (TROLLER, *op. cit.*, p. 157.). Le logiciel doit être nouveau, c'est-à-dire que, du point de vue des professionnels, il ne soit pas qualifié de banal (BARRELET/EGLOFF, *op. cit.*, n. 25 ad art. 2 LDA, p. 22; FF 1989 III 508; NEFF, *Urheberrechtlicher Schutz der Software*, in : *SIWR II/2 (Urheberrecht im EDV-Bereich)*, Bâle 1998, p. 132). Il doit ainsi se différencier suffisamment d'autres logiciels déjà existants (NEFF, *op. cit.*, p. 131). Toutefois, dans la mesure où la marge de création est conditionnée par le résultat que doit produire le logiciel, le degré d'individualité ne doit pas être fixé trop haut (NEFF, *op. cit.*, p. 131). Ainsi, un logiciel pourra être protégé par le droit d'auteur sans qu'un degré trop élevé d'individualité soit requis mais, en contrepartie, seule la reprise in extenso d'un logiciel devrait être qualifiée de piraterie, toute création autonome simulant les effets d'un programme, s'inspirant du programme original mais s'en écartant sur quelques points, étant autorisée (DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, Lausanne, 1999, n. 144, p. 98).

L'auteur est la personne physique qui a créé l'œuvre (art. 6 LDA). Une personne morale ne peut d'emblée acquérir les droits d'auteur (BARRELET/EGLOFF, *op. cit.*, n. 2 ad art. 6 LDA, p. 34); elle pourra en revanche les acquérir par un transfert ultérieur (DESSEMONTET, *op. cit.*, n. 308, p. 233).

Toutefois, en matière de logiciel, une réglementation spéciale est prévue. L'employeur est le seul autorisé à exercer les droits exclusifs d'utilisation du logiciel créé par le travailleur dans l'exercice de son activité au service de l'employeur et conformément à ses obligations contractuelles, en vertu de ce qui pourrait être qualifié de cession légale des droits (art. 17 LDA; DESSEMONTET, *op. cit.*, n. 315, p. 236). Si plusieurs personnes participent à la création du programme, ce qui pourrait bien être le cas le plus fréquent, elles sont alors coauteurs. L'art. 17 LDA ne s'applique que si le logiciel est créé dans le cadre d'un

rapport de travail, au sens des art. 319ss CO (BARRELET/EGLOFF, op. cit., n. 2 et 3 ad art. 17 LDA, p. 111).

L'auteur d'un logiciel dispose des mêmes droits que les auteurs d'œuvres littéraires ou artistiques, sous réserve de dispositions spéciales de la LDA (art 10 al. 3, 13 al. 4, 19 al. 4 LDA, par exemple).

En application de l'art. 10 al. 1 LDA, l'auteur a le droit exclusif de décider si, quand et de quelle manière son œuvre sera utilisée. Ce droit recouvre toutes les modalités d'exploitation de l'œuvre (DESSEMONTET, op. cit., n. 219, p. 167). L'auteur a ainsi, en particulier, le droit de confectionner des exemplaires de l'œuvre en la reproduisant (art. 10 al. 2 lit. a LDA) ou de distribuer des exemplaires de cette œuvre en les proposant au public ou, de quelque autre manière, de les mettre en circulation (art. 10 al. 2 lit. b LDA).

La LDA accorde en outre à l'auteur, selon l'art. 11 al. 1 LDA, le droit exclusif de décider de quelle manière l'œuvre peut être modifiée, ou, quand et de quelle manière l'œuvre peut être utilisée pour la création d'une œuvre dérivée. Le terme d'œuvre dérivée est défini à l'art. 3 LDA comme toute création de l'esprit qui a un caractère individuel, mais qui a été conçue à partir d'une ou de plusieurs œuvres préexistantes, reconnaissables dans leur caractère individuel. Les œuvres dérivées sont protégées par le droit d'auteur, mais elles ne pourront être exploitées qu'avec le consentement de l'auteur de l'œuvre de base (DESSEMONTET, op. cit., n. 395, p. 290). Par ailleurs, même si un tiers est autorisé, par un contrat ou par la loi, à modifier l'œuvre ou à l'utiliser pour créer une œuvre dérivée, l'auteur peut s'opposer à toute altération de l'œuvre portant atteinte à sa personnalité (art. 11 al. 2 LDA). Si les éléments repris de la première œuvre ne concernent que des concepts libres, il ne s'agit pas d'une œuvre dérivée dépendante (TROLLER, op. cit., p. 260).

4.2 Lorsque plusieurs personnes ont concouru en qualités d'auteurs à la création d'une œuvre, le droit d'auteur leur appartient en commun (art. 7 al. 1 LDA). Il doit s'agir d'une collaboration créatrice. Celui qui exécute simplement les instructions d'un autre, sans qu'une marge de manœuvre ne soit laissée à sa propre créativité, n'est pas un coauteur, mais un auxiliaire, et n'acquiert aucun droit d'auteur. C'est le travail créateur commun sur une œuvre commune et unique durant une période convenue qui est déterminant (BARRELET/EGLOFF, op. cit., n. 4 ad art. 7 LDA, p. 37).

Sauf convention contraire, les coauteurs ne peuvent utiliser l'œuvre que d'un commun accord; aucun d'eux ne peut refuser son accord pour des motifs contraires aux règles de la bonne foi (art. 7 al. 2 LDA). Aucun d'entre eux ne peut, sous réserve de l'al. 4, disposer de sa part de façon indépendante (ATF 129 III 715; BARRELET/EGLOFF, op. cit., n. 8 ad art. 7 LDA, p. 39).

4.3 La société simple est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun (art. 530 al. 1 CO).

Il s'agit d'un contrat de durée dont les éléments caractéristiques sont, d'une part, un apport, c'est-à-dire la prestation que chaque associé doit faire au profit de la société, d'autre part, un but commun qui rassemble les efforts des associés. L'apport, au sens de l'art. 531 CO, peut consister, notamment, dans l'activité non rémunérée d'un associé ou dans la cession de l'usage d'une chose dont l'associé reste propriétaire. Quant au but commun, autrement dit l'"animus societatis", il suppose la volonté des associés de mettre en commun des biens, ressources ou activités en vue d'atteindre un objectif déterminé, d'exercer une influence sur les décisions et de partager non seulement les risques et les profits, mais surtout la substance même de l'entreprise; cette volonté résulte de l'ensemble des circonstances et non pas de la présence ou de l'absence de l'un ou l'autre des éléments (arrêt du Tribunal fédéral 4C.98/1999 consid. 3a; CHAIX, Commentaire romand CO II, 2008, n. 1 et ss ad art. 530 CO).

Le contrat de société simple obéit aux règles générales sur la conclusion des contrats (art. 1 ss CO; TERCIER/FAVRE/CONUS, Les contrats spéciaux, 4e éd., 2009, n. 7528). Il ne requiert, pour sa validité, l'observation d'aucune forme spéciale; il peut donc se créer par actes concluants, voire sans que les parties en aient même conscience (ATF 130 II 530, consid. 6.4.4; 124 III 363 consid. II/2a = SJ 1999 I 38; arrêt du Tribunal fédéral 4A_21/2011, du 4 avril 2011, consid. 3.1). Les règles d'interprétation déduites de l'art. 18 CO s'appliquent également aux contrats conclus par actes concluants, en ce sens qu'il s'agit d'abord de rechercher la volonté réelle des parties puis, à défaut, d'interpréter leurs comportements selon le principe de la confiance (arrêt du Tribunal fédéral 4C.54/2001 consid. 2b, in SJ 2002 I 557; 4A_21/2011 consid. 3.1; WINIGER, Commentaire romand, CO I, 2003, n. 48 ad art. 18 CO).

Par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (art. 319 al. 1 CO).

4.4 Il convient en premier lieu d'examiner la vraisemblance de la titularité des droits d'auteur sur le logiciel dont se prévaut la requérante.

Les parties s'accordent pour dire qu'elles n'étaient pas liées par un contrat de travail lors de la création du code-source et du logiciel litigieux. Elles n'ont pas conclu de contrat écrit, définissant les termes de leur relation. Le cité fait valoir sa position d'associé dans la société, contestée par la requérante.

Le cité n'est pas inscrit au Registre du commerce. La requérante a admis que le cité a collaboré à l'élaboration du logiciel; à son sens, ce travail s'est limité au marketing, le développement du code-source et du logiciel ayant été fait par des employés de la société. Pour sa part, le cité ne conteste pas ce fait; il soutient toutefois que les précédents codes sources qu'il avait lui-même créés, ont été utilisés pour élaborer ce nouveau logiciel. Il estime également être titulaire de la moitié des droits d'auteur, compte tenu des efforts fournis dans la réalisation du projet.

Il apparaît vraisemblable que les parties ont été liées par un rapport de société simple concernant l'élaboration du logiciel. Dès lors, elles sont dans ce cadre coauteurs et donc toutes deux titulaires des droits d'auteur.

La discussion ne s'arrête toutefois pas là. En effet, l'un des coauteurs ne peut pas utiliser seul le logiciel. La requérante soutient que le cité utilise et commercialise actuellement le code-source nommé "A_____ publisher", sous la dénomination "FinalApp". Le cité a certes admis être en possession du code-source litigieux. Pour étayer sa position, la requérante indique que le cité ne pouvait pas développer un nouveau code-source en un mois. Toutefois, cette simple allégation, laquelle n'est pas rendue vraisemblable par d'autres moyens de preuve, ne peut être retenue. En effet, la requérante ne rend pas vraisemblable que le code-source du logiciel que le cité commercialise actuellement serait identique à celui développé en collaboration avec le cité, étant rappelé que des modifications ou des ajouts de peu d'importance permettent de protéger l'auteur du logiciel ainsi créé. La requérante n'a également pas allégué, ni rendu vraisemblable, que le logiciel "A_____ publisher" aurait été utilisé pour créer une nouvelle application.

Par ailleurs, au regard du principe de proportionnalité, la mesure conservatoire pourrait avoir des conséquences irréparables pour le cité, alors même qu'il n'est pas rendu vraisemblable que le code-source serait utilisé par le cité dans le logiciel qu'il commercialise actuellement.

De plus, la requérante n'a pas allégué qu'elle commercialiserait ou serait sur le point de commercialiser le logiciel "A_____ publisher". Au contraire, elle a indiqué avoir licencié son personnel en février 2012, en raison de difficultés financières.

La requérante n'a pas rendu vraisemblable de préjudice difficilement réparable.

4.5 Ainsi, les conditions cumulatives essentielles requises pour ordonner une mesure provisionnelle en application de la LDA ne sont pas réalisées, de sorte que la requête doit être rejetée sous cet angle.

Reste à examiner les dispositions de la LCD. La requérante ne se prévaut d'aucune disposition particulière, de sorte que les principales normes de la LCD seront examinées ci-après.

4.6. La LCD vise à protéger les intérêts des participants sur le marché, soit les producteurs, les commerçants et les consommateurs, ainsi que l'intérêt de la collectivité à la sauvegarde d'une concurrence efficace (TROLLER, Manuel du droit suisse des biens immatériels, 2ème éd., Bâle 1996, t. II, p. 903). La LCD vise à garantir une concurrence loyale et non faussée, chaque participant devant dès lors se comporter conformément aux règles de la bonne foi, sans tromper la confiance que les autres participants sur le marché pouvaient raisonnablement mettre en lui (TROLLER, op. cit., t. II, p. 911).

Selon l'approche fonctionnelle adoptée par la LCD, la distinction entre concurrence loyale et concurrence déloyale doit se faire en tenant compte des résultats qu'on est en droit d'escompter dans un système où la concurrence fonctionne bien. Ainsi, un acte de concurrence devient déloyal lorsqu'il met en péril la concurrence en tant que telle ou lorsqu'il déjoue les résultats attendus par ladite concurrence (Message à l'appui d'une loi fédérale sur la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 1983 II, p. 1068 et les références doctrinales).

L'art. 2 LCD pose le principe général selon lequel, est déloyal et illicite tout comportement ou pratique commerciale qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients.

Par ailleurs, à côté de cette clause générale, les art. 3 à 8 LCD énumèrent différents comportements qui sont contraires à la bonne foi et donc déloyaux, pour autant toutefois, comme le précise l'art. 2 LCD, qu'ils influent sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients (ATF 126 III 198, consid. 2 c, p. 202).

Conformément à sa note marginale, l'art. 5 LCD concerne l'exploitation d'une prestation d'autrui. La jurisprudence entend par prestation le résultat d'un travail, soit le produit d'un effort intellectuel et/ou matériel qui n'est pas protégé en tant que tel en dehors du champ d'application de la législation spéciale sur les biens immatériels (ATF 122 III 469, SJ 1997 129; ATF 117 II 199). Il convient à ce propos de rappeler qu'un comportement autorisé du point de vue des lois de propriété intellectuelle n'enfreint en principe pas les dispositions de la LCD, sauf si ce comportement est accompagné de circonstances particulières qui le rend déloyal (ATF 116 II 365, consid. 3b, p. 368-369). Il n'est ainsi pas possible de combler les lacunes des lois de propriété intellectuelle au moyen de la LCD.

La prestation doit se présenter sous une forme matérielle, comme un objet ou, à tout le moins, perceptible d'un point de vue physique, tel un logiciel sur un support de données (BAUDENBACHER, *Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen Unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Bâle, 2001, n. 27 ad art. 5 LCD). En revanche, une simple idée peut être exploitée par un tiers, même si elle est fixée par la suite (Message précité, FF 1983 II p. 1103). Dans le domaine extracontractuel, l'art. 5 LCD vise le comportement des "pirates", qui, par exemple, reproduisent des enregistrements ou copient des livres dont le contenu n'est pas protégé par la législation sur les droits d'auteur (ATF 122 III 469, SJ 1997 129).

Quant au terme "exploitation", il doit être compris comme toute utilisation de la prestation à des fins commerciales ou professionnelles (BAUDENBACHER, *op. cit.*, n. 57 ad art. 5 LCD).

Selon l'art. 5 lit. a LCD, agit de façon déloyale celui qui, notamment, exploite de façon indue le résultat d'un travail qui lui a été confié, par exemple des offres, des calculs ou des plans.

Cet article vise toute exploitation ou application industrielle ou commerciale du résultat d'un travail dont une personne a eu connaissance avec le consentement de l'ayant droit dans un but défini (TROLLER, *op. cit.*, t. II, p. 974). Le Message du Conseil fédéral précise que "la lettre a englobe les situations dans lesquelles une personne est entrée en possession du résultat du travail d'autrui après accord mutuel. A ce sujet, il ne faut pas donner trop d'importance à la notion de "confié" (Message à l'appui de la loi fédérale sur la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 1983 II p. 1103).

La jurisprudence du Tribunal fédéral stipule qu'il faut considérer comme confiée, toute connaissance confidentielle qu'un industriel ou commerçant communique à un tiers en vue de réaliser un travail pour lui. Ainsi a été jugé déloyal le fait, pour un concurrent, de commander des échantillons d'étoffes dans l'intention de les imiter (ATF 90 II 51). Il en va de même de l'entrepreneur qui doit exécuter pour le compte du maître un dispositif selon une idée technique non brevetée, mais restée secrète, et qui exploite cette idée dans son propre intérêt (ATF 93 II 272, JdT 1968 I 130; ATF 77 II 263, JdT 1952 I 200).

Selon l'art. 6 LCD, agit de façon déloyale celui qui, notamment, exploite ou divulgue des secrets de fabrication ou d'affaires qu'il a surpris ou dont il a eu indûment connaissance d'une autre manière.

L'art. 6 LCD exige en premier lieu l'existence et la connaissance d'un secret de fabrication ou d'affaires. Il faut entendre par secret de fabrication tout savoir technique (comme des plans de construction ou le résultat de recherches) alors

que par secret d'affaires, il faut entendre tout fait qui est d'importance pour une entreprise quant à son organisation et son activité commerciale (tel que les sources d'approvisionnement ou le cercle des clients). L'art. 6 LCD exige ensuite l'exploitation ou la divulgation de ce secret, soit son utilisation commerciale ou sa remise à un tiers non autorisé et qui n'est pas lié à l'ayant droit par un engagement spécial de secret. L'art. 6 LCD exige finalement que le secret de fabrication ou d'affaires ait été surpris, ou que sa prise de connaissance se soit produite de manière induue. La connaissance d'un secret est induue dès lors que la captation a lieu contre la volonté de l'ayant droit au secret, par vol ou violation de domicile, par exemple (PEDRAZZINI, *Unlauterer Wettbewerb UWG*, 2ème édition, Berne, 2002, n. 10.09, p. 204). Celui qui acquiert de façon licite la connaissance d'un secret, notamment parce que le secret lui a été confié lors de l'exécution d'un contrat, ne le reçoit pas de manière induue et sa divulgation et son exploitation en violation d'engagements contractuels ne tombe pas sous le coup de l'art. 6 LCD; elle peut en revanche, le cas échéant, engager sa responsabilité contractuelle selon les art. 97 ss CO, ou pénale selon l'art. 162 CP (BAUDENBACHER, *op. cit.*, n. 59 ad art. 6 LCD, TROLLER, *op. cit.*, t. II, p. 972).

L'art. 7 LCD prévoit que celui qui notamment n'observe pas les conditions de travail légales ou contractuelles qui sont également imposées à la concurrence ou qui sont conformes aux usages professionnels ou locaux, agit de façon déloyale.

4.7 En l'occurrence, la requérante ne rend pas vraisemblable que le cité exploiterait de manière induue le résultat d'un travail qui lui aurait été confié, au sens de l'art. 5 lit. a LCD.

Une éventuelle violation de l'art. 6 LCD peut d'emblée être écartée, dès lors que le cité a eu accès au code-source en accord avec la requérante, de sorte que sa connaissance du secret d'affaires ou de fabrication n'a pas été acquise de manière induue.

La requérante n'a également pas rendu vraisemblable que le cité exploiterait de façon induue le code-source litigieux.

Les art. 7 et 8 LCD ne peuvent pas entrer en considération, dès lors que la requérante ne se prévaut pas d'inobservation des conditions de travail ou d'utilisation des conditions générales préalablement formulées.

Comme relevé sous ch. 5.4, la requérante n'a pas rendu vraisemblable un quelconque préjudice difficilement réparable.

Deux des conditions cumulatives de la mesure provisionnelle n'étant pas remplies, la requête doit également être rejetée sous l'angle de la LCD.

4.8 La requérante sera en conséquence déboutée de ses conclusions.

5. La requérante, qui succombe, supportera les frais de la procédure (art. 106 al. 1 CPC).

Les frais judiciaires comprennent notamment l'émolument forfaitaire de décision et les frais de traduction (art. 95 al. 2 let. b et d CPC).

Les frais judiciaires, sont arrêtés à 2'040fr. au total, compensés par l'avance de frais fournie par la requérante, acquies à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

Les dépens dus à titre de défraiement de l'avocat constitué par le cité sont fixés, sur la base de la valeur litigieuse estimée à 100'000 fr. par la requérante (art. 91 al. 2 CPC), conformément au tarif, à 2'500 fr., débours et la TVA, compris (art. 105 al. 1, 95 al. 3, 96 CPC; art. 20 et 21 LaCC; art. 85 et 88 RTFMC).

6. La valeur litigieuse ouvrant la voie du recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral sera déterminée par cette juridiction (art. 51 al. 2 LTF).

Sous cette réserve, le recours en matière civile est possible mais les moyens sont limités, vu la nature provisionnelle de la décision (art. 98 LTF).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable la requête en mesures provisionnelles formée par A_____ SARL le 18 juillet 2012.

Déclare irrecevables les conclusions constatatoires formées par A_____ SARL.

Au fond :

La rejette.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrêté les frais judiciaires à 2'040 fr.

Condamne A_____ SARL aux frais judiciaires, compensés avec l'avance de frais fournie par elle, acquise à l'Etat.

Condamne A_____ SARL à payer 2'500 fr. à titre de dépens à B_____.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Monsieur Pierre CURTIN, président; Madame Valérie LAEMMEL-JUILLARD, Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, juges; Madame Barbara SPECKER, greffière.

Le président :

Pierre CURTIN

La greffière :

Barbara SPECKER

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.