



POUVOIR JUDICIAIRE

C/19171/2019

ACJC/44/2021

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU JEUDI 14 JANVIER 2021**

Entre

A_____ SA, sise _____ [GE], demanderesse, comparant par Me Joël Chevallaz, avocat, passage des Lions 6, case postale 5653, 1211 Genève 11, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

1) **Monsieur B**_____, domicilié _____ (VD), défendeur,

2) **Monsieur C**_____, domicilié _____ (VD), autre défendeur comparant tous deux par Me Nathalie Subilia, avocate, route de Florissant 10, 1206 Genève, en l'étude de laquelle ils font élection de domicile,

3) **D**_____ SA, sise _____ (VD), autre défenderesse, non comparante.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 21 janvier 2021.

EN FAIT

- A. a.** A_____ SA est une société inscrite le _____ 2000 au Registre du commerce de Genève, ayant pour but notamment la distribution de documents publicitaires et la gestion des supports nécessaires à cette diffusion.

Dans le cadre de son activité, elle distribue, pour le compte de ses clients, des tracts publicitaires à but d'information touristique, qu'elle se charge de placer sur des présentoirs auprès d'établissements tels qu'hôtels et restaurants.

Elle conclut pour ce faire des contrats à titre onéreux avec des clients qui la chargent de la diffusion de leur prospectus publicitaires. Ces prospectus sont placés dans des présentoirs déposés auprès d'établissements dépositaires, avec lesquels A_____ SA conclut des contrats à titre gratuits, d'une durée indéterminée, pouvant être résiliés avec un délai d'un mois.

- b.** Au mois de septembre 2002, A_____ SA a engagé B_____ en qualité de responsable commercial à plein temps, avec pour mission de développer son chiffre d'affaires dans les cantons de Genève, Vaud et du Valais (art. 1).

Le salaire comportait un montant fixe de 5'000 fr. par mois, auquel s'ajoutait une partie variable de 5% sur le chiffre d'affaires généré par tous les clients du secteur, 10% sur les nouveaux clients, 5% sur la commission de 10% réservé à l'agent commercial assisté par B_____ et 7% sur les renouvellements de clients.

Pendant la durée du contrat, B_____ avait l'interdiction d'exercer une autre activité professionnelle, même non concurrente (art. 10).

Après la fin des rapports contractuels, B_____ s'engageait à observer une obligation de confidentialité sur l'ensemble des renseignements recueillis du fait de sa fonction, notamment sur les dossiers clients, les programmes informatiques, les listes de client et les prospects (art. 12). Il avait en outre l'interdiction d'utiliser les informations recueillies lors de son activité au sein de A_____ SA au profit de tiers travaillant dans le même domaine (art. 14).

B_____ fait valoir que cette clause de non-concurrence n'était pas valide à défaut d'être limitée quant au lieu, temps et genre d'affaires, ce que A_____ SA conteste.

- c.** B_____ a été inscrit au Registre du commerce comme directeur de A_____ SA du 6 novembre 2008 au 14 décembre 2018, avec signature collective à deux.

- d.** En 2004, A_____ SA a engagé C_____, frère de B_____, en qualité de logisticien. C_____ ensuite été nommé responsable commercial.

Aucune des parties n'a été à même de produire le contrat de travail de C_____.

e. A_____ SA concluait avec chacun de ses clients annonceur un contrat, intitulé "devis", par lequel elle s'engageait, selon les conditions générales annexées au contrat, à exposer les prospectus publicitaires de ses clients soit dans ses propres supports placés auprès de ses établissements partenaires ou à les remettre à l'accueil desdits établissements, lesquels se chargeaient de les exposer. Il incombait au client de lui remettre ses prospectus.

Sous le titre "reconduction tacite", l'article 6 des conditions générales annexées au contrat prévoit que "sauf mention spéciale, le présent contrat est renouvelé tacitement d'année en année, résiliation possible par lettre recommandée dans un délai de 3 mois avant la date de fin de diffusion des réseaux. La date de signature du contrat n'a aucune influence sur la date de résiliation contractuelle".

Le devis, signé par le client, mais pas par un représentant de A_____ SA, indiquait la durée de distribution des prospectus, les régions géographiques concernées et le prix des services. Sous la mention "durée de la collaboration", deux cases pouvaient à choix être cochées, à savoir d'une part celle indiquant "collaboration renouvelable___ fois" et celle "collaboration à durée illimitée", selon laquelle le contrat était renouvelé tacitement d'année en année, sauf résiliation de l'une ou l'autre des parties dans un délai de 3 mois avant la date anniversaire du contrat.

Les commerciaux de A_____ SA, à savoir B_____ et C_____ faisaient signer les devis par les clients. Ces devis étaient ensuite scannés et introduits dans la base de donnée de A_____ SA (témoin E_____).

f. Par courriers du 24 septembre 2018, B_____ et C_____ ont déclaré résilier leurs contrats de travail respectifs avec effet au 31 décembre 2018.

g. Dès le 1^{er} janvier 2019, B_____ et C_____ ont été engagés en qualité de responsables commercial et développement de la société vaudoise D_____ SA, dont le but social a été modifié le 22 novembre 2018 pour inclure toutes activités en relation avec la diffusion, la promotion, la communication ou la gestion d'entreprise.

L'administrateur de D_____ SA est F_____.

G_____, qui travaillait jusqu'en 2018 pour A_____ SA comme responsable logistique, a également démissionné de cette société pour rejoindre D_____ SA dès le 1^{er} janvier 2019.

Les rapports de travail entre B_____ et C_____ et D_____ SA ont pris fin le 7 octobre 2019. Depuis, ces derniers n'ont plus d'activité professionnelle.

h. Dès le début de leur activité pour D_____ SA, B_____ et C_____ ont pris contact avec les clients de A_____ SA afin de leur offrir leurs services.

Lors de son audition par le Tribunal, B_____ a indiqué que, quand il avait commencé à travailler pour D_____ SA avec son frère, ils avaient contacté en premier lieu les hôteliers avec lesquels ils étaient les plus proches. Ils s'étaient présentés comme collaborateurs de D_____ SA, précisant qu'ils ne travaillaient plus pour A_____ SA. Ils avaient expliqué aux clients que D_____ SA pourrait leur permettre de toucher une clientèle plus large que celle de A_____ SA.

i. Il n'est pas contesté que, pour l'année 2019, A_____ SA a perdu 31 clients au profit de D_____ SA.

Selon A_____ SA, ces clients engendraient un chiffre d'affaires de 312'304 fr. 05.

j. A_____ SA fait valoir que ces clients l'ont quittée en raison du fait que B_____ et C_____ ont commis à son encontre les actes de concurrence déloyale suivants :

j.a Selon elle, en novembre 2018, B_____ et C_____ s'étaient connectés à son système informatique pour en extraire la liste des dépositaires de certains réseaux, la liste des encaissements et des tournées logistiques.

Ces affirmations, contestées par les intéressés, sont confirmées par les pièces produites et par le témoignage de E_____, informaticien de A_____ SA.

Les frères B_____/C_____ ont précisé à ce sujet qu'ils connaissaient parfaitement les coordonnées des clients qu'ils avaient fréquentés depuis une quinzaine d'années.

j.b A_____ SA allègue également que, fin 2018, B_____ et C_____ ont modifié sans son autorisation les contrats de plusieurs de ses clients enregistrés dans son système informatique en barrant la clause de "collaboration à durée illimitée" prévoyant le renouvellement tacite d'année en année des contrats, sauf résiliation notifiée trois mois à l'avance. Ces modifications avaient pour but de faciliter le détournement de sa clientèle au profit de D_____ SA, en facilitant la fin des relations contractuelles entre A_____ SA et ses clients.

Les clients concernés étaient les suivants : FONDATION H_____ (contrats des 6 novembre 2015 et 8 novembre 2016), MUSEE I_____ (contrats des 1^{er} avril 2016 et 26 avril 2017), J_____ [journal] (contrat du 3 octobre 2016), K_____ [site historique] (contrat du 12 octobre 2016), L_____ [parc d'attractions] (contrat du 2 décembre 2016), M_____ AG (contrats des 9 décembre 2016 et 6 février 2017), N_____ SA (contrat du 21 février 2017), MUSEE O_____

(contrat du 1^{er} mars 2017), FONDATION P_____ (contrat du 27 février 2018), Q_____ [site touristique] (contrat du 27 novembre 2017), R_____ AG (contrat du 7 mars 2017), S_____ (contrat du 10 mars 2017).

A_____ SA a produit à l'appui de ses allégations les contrats conclus par les clients susmentionnés, d'une part dans leur version originale, sans modification de la clause relative à la durée de collaboration et, d'autre part, dans une version modifiée, sur laquelle la clause de durée de collaboration a été biffée à la main.

Le témoin E_____, informaticien de A_____ SA, a indiqué qu'il résultait de ces pièces que les devis initialement signés par les clients avaient été modifiés en novembre 2018. Une telle modification était inhabituelle. Les frères B_____/C_____ avaient les accès informatiques pour modifier ces devis.

B_____ et C_____ contestent ces allégations. Ils font valoir que, depuis le début de leur activité et en accord avec A_____ SA, il avait été renoncé à la reconduction automatique des contrats, pour être plus proches de la volonté des clients. B_____ et C_____ rendaient ainsi visite chaque année aux clients pour discuter des termes du contrat pour l'année à venir. Ainsi, quelle que soit la teneur du contrat écrit, les modalités de celui-ci étaient rediscutées chaque année.

La procédure pour le renouvellement des contrats était selon eux la suivante, en accord avec la direction de A_____ SA : un devis était envoyé au client, lequel le signait et le retournait s'il l'approuvait. Comme il avait été convenu avec le client que la collaboration ne devait pas se renouveler tacitement, la clause y relative était barrée par B_____ et C_____. Les deux versions du contrat étaient enregistrées par scan dans le système informatique.

A_____ SA conteste avoir donné son accord avec les modifications des clauses de renouvellement des contrats de ses clients effectuées par B_____ et C_____ et affirme que ces modifications ont été faites à son insu.

Les trois clients de A_____ SA entendus comme témoins par le Tribunal ont déclaré que leurs contrats étaient signés sur une base annuelle et que le renouvellement du contrat était discuté chaque année (témoins T_____, U_____ et V_____).

j.c A_____ SA soutient que B_____ et C_____ ont transmis à ses clients des affirmations fausses et dénigrantes à son égard, indiquant en particulier qu'elle cessait ses activités. Ils leur avaient en outre donné des indications trompeuses concernant l'étendue du réseau de dépositaires de D_____ SA.

B_____ et C_____ allèguent avoir toujours veillé à se présenter au nom et pour le compte de D_____ SA; ils n'avaient jamais critiqué A_____ SA. Certains

clients de cette dernière avaient choisi de la quitter pour travailler avec D_____ SA en raison de la qualité des prestations offertes par leurs soins, pour le compte de cette société.

k. Trois clients de A_____ SA ont été entendus comme témoins par la Cour :

k.a Le témoin T_____ a indiqué que la FONDATION W_____, pour qui elle avait travaillé de février 2014 à fin octobre 2020, était cliente de A_____ SA et était satisfaite des services de celle-ci.

Cette fondation avait eu recours aux services de D_____ SA en 2019 car elle n'avait plus eu de nouvelles de A_____ SA au moment où B_____ avait cessé de travailler pour celle-ci. Des courriels avaient été échangés avec ce dernier au sujet de la nouvelle structure. Le témoin n'avait pas entendu B_____ critiquer A_____ SA. En 2020, la fondation avait mandaté à nouveau A_____ SA pour la distribution de ses brochures. Pour, elle l'identité de la société chargée de la distribution importait peu; il était nécessaire que les brochures soient bien distribuées.

k.b Le témoin U_____, chargé de communication depuis avril 2018 au MUSEE X_____ de Genève, a indiqué que ce dernier était client de A_____ SA avant 2018. Fin 2018/début 2019, le témoin avait été chargé de faire un appel d'offres pour la diffusion des prospectus publicitaires, car le musée était tenu de changer régulièrement de prestataires de services.

Quatre sociétés avaient répondu à cet appel d'offres, dont A_____ SA et D_____ SA.

B_____, que le témoin avait connu dans le cadre de son activité pour A_____ SA et avec qui il s'entendait bien, avait présenté l'offre au nom de D_____ SA. Il avait précisé qu'il voulait monter sa propre société et qu'il avait eu connaissance de l'appel d'offres par l'intermédiaire de A_____ SA. Selon lui, D_____ SA avait de bonnes perspectives d'évolution; elle pourrait notamment exposer les prospectus au H_____ [site historique], qui était un lieu favorable pour la diffusion.

L'offre de D_____ SA avait été choisie car elle était moins chère que celle de A_____ SA. De plus, le MUSEE X_____ était tenu de changer régulièrement de prestataire de service pour satisfaire aux injonctions de la Cour des comptes.

B_____ n'avait pas critiqué les prestations de A_____ SA. Il avait fait état d'un certain mécontentement à titre personnel, sans que cela ne soit pertinent pour l'attribution du contrat.

Fin 2019/début 2020, D_____ SA n'était plus disponible, de sorte que le musée avait conclu un nouveau contrat avec A_____ SA.

k.c Le témoin V_____, responsable administrative du MUSEE Y_____ à Genève, a indiqué que celui-ci était client de A_____ SA depuis de nombreuses années.

Fin 2018, B_____ avait indiqué au témoin qu'il quittait A_____ SA pour travailler pour D_____ SA, société qui pourrait assurer les mêmes prestations que A_____ SA. B_____, qui avait beaucoup de contacts, avait affirmé qu'à terme, il aurait les mêmes dépositaires et points de distribution que A_____ SA, ce qui était un élément important pour le musée. B_____ n'avait pas critiqué A_____ SA mais avait dit que celle-ci allait cesser son activité, précisant qu'il avait eu de "belles années" pour cette société et qu'il souhaitait rebondir avec D_____ SA.

Le MUSEE Y_____ avait confiance en B_____, avec qui tout s'était toujours bien passé, de sorte qu'il avait décidé de poursuivre la relation contractuelle avec D_____ SA pour 2019. Les discussions contractuelles avec celle-ci avaient eu lieu entre décembre 2018 et janvier 2019. La décision de conclure le contrat avait été prise fin janvier 2019.

Courant 2019, les brochures du MUSEE Y_____ avaient été détruites suite à l'intervention de A_____ SA car elles se trouvaient illégalement dans les présentoirs de cette dernière. Interpellé, B_____ avait dit au musée qu'il avait ses propres présentoirs. Cet incident avait mécontenté le musée. Pour cette raison, ce dernier n'avait pas conclu de nouveau contrat avec A_____ SA lorsque D_____ SA avait cessé ses activités.

l. A teneur des pièces produites par A_____ SA, le client M_____ AG lui a fait savoir par courriel, le 11 janvier 2019, que son contrat, conclu le 12 décembre 2017, avait pris fin au 31 décembre 2018, relevant que la clause de collaboration à durée illimitée avait été barrée. M_____ AG ne souhaitait pas renouveler le contrat.

A_____ SA a répondu le 14 janvier 2019 que cette modification résultait d'une manipulation informatique due à son ancienne équipe, mais qu'elle acceptait, par gain de paix, la résiliation anticipée du contrat.

m. A_____ SA a produit un extrait non daté du compte AM_____ [réseau social professionnel] de C_____ dans lequel celui-ci indique que D_____ SA collabore avec 875 points de diffusion en Suisse.

n. Par courriers du 29 janvier 2019, A_____ SA a sommé B_____, C_____ et D_____ SA de cesser leurs agissements auprès de ses clients.

o. Le 25 mars 2019, A_____ SA a déposé contre les précités une plainte pénale pour faux dans les titres et actes de concurrence déloyale, reprochant notamment à B_____ et C_____ d'avoir biffé la clause de renouvellement automatique dans les contrats d'un grand nombre de ses clients, afin de capter cette clientèle pour le compte de D_____ SA.

L'issue de cette procédure ne ressort pas du dossier.

p. Le 6 mars 2019, B_____ et C_____ ont assigné A_____ SA par-devant le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne, concluant au paiement de diverses sommes à titre de salaire ainsi qu'à la remise d'un certificat de travail.

q. Entre le 6 et le 16 avril 2019, plusieurs présentoirs ont été rapportés à l'entrepôt de A_____ SA à Z_____ [GE].

Ces présentoirs provenaient d'établissements dépositaires de présentoirs pour le compte de A_____ SA, à savoir [l'hôtel] AA_____, l'HOTEL AB_____, MUSEE O_____, [l'hôtel] AC_____, [l'hôtel] AD_____, HOTEL AE_____ et [l'hôtel] AF_____.

Tous ces établissements ont envoyé à A_____ SA le même courrier, avec la même typographie, "Retour de votre présentoir cessation de collaboration", dont la teneur était la suivante "Notre établissement vous informe qu'il met un terme à la collaboration pour la mise à disposition d'une place pour votre présentoir et ses informations touristiques. Nous vous retournons ce jour à nos frais votre mobilier en l'état à votre dépôt logistique de Z_____. Ce bon de retour signé fait foi. Une photo du présentoir a été faite au départ de notre établissement et une photo lors de la pose devant votre porte ou votre dépôt (si l'accès est fermé). Nous déclinons toutes responsabilité une fois le présentoir posé chez vous".

r. Interpellé à ce sujet par A_____ SA, le directeur de l'HOTEL AF_____ a indiqué à celle-ci que B_____ lui avait juste dit qu'il venait changer le présentoir, sans préciser qu'il travaillait pour une société concurrente.

s. Par courriel du 24 mai 2020, la directrice de l'HOTEL AG_____ a indiqué que B_____ était passé fin avril début mai pour lui dire que A_____ SA n'était plus capable d'assurer correctement le remplissage des meubles publicitaires et que plusieurs établissements de la région avaient quitté A_____ SA pour avoir recours à ses propres services.

t. Le témoin AH_____, qui a travaillé comme logisticien pour A_____ SA de décembre 2018 jusqu'au 30 novembre 2020, a déclaré qu'en juillet 2019, plusieurs hôtels partenaires en Valais et dans le canton de Vaud lui avaient indiqué que B_____ s'était rendu chez eux pour placer ses propres meubles à la place de ceux de A_____ SA. Il avait remarqué également lors de ses tournées que des prospectus provenant de D_____ SA avaient été placés dans les meubles de A_____ SA. Il avait pris plusieurs photos attestant de ses dires.

A la même période, des hôteliers et des annonceurs lui avaient dit que B_____ et C_____ faisaient courir le bruit que A_____ SA était en faillite et que le marché allait être récupéré par leurs soins.

Le directeur de [l'hôtel] AI_____ avait dit au témoin que B_____ essayait de ravitailler le présentoir de A_____ SA avec des prospectus de clients de D_____ SA. Il était excédé et entendait rompre le contrat avec A_____ SA car il avait autre chose à faire que de s'occuper de la guerre entre deux sociétés.

u. Le directeur de l'HOTEL AJ_____ a indiqué à A_____ SA qu'une personne avait déposé un carton de prospectus chez lui en lui disant que, s'il ne les utilisait pas, son présentoir serait bientôt vide.

v. Il n'est pas contesté que, en juillet et août 2019, D_____ SA a placé plusieurs prospectus de ses clients sur les présentoirs appartenant à A_____ SA. B_____ a indiqué sur ce point devant le Tribunal qu'avec l'accord de l'hôtelier il lui était arrivé de remplacer le présentoir de A_____ SA par un présentoir de D_____ SA.

w. Par acte déposé au greffe de la Cour de justice le 18 avril 2019, A_____ SA a formé contre B_____, C_____ et D_____ SA une requête de mesures provisionnelles avec demande de mesures superprovisionnelles.

Par ordonnance ACJC/588/2019 du 23 avril 2019, la Cour, statuant sur mesures superprovisionnelles, a fait interdiction aux précités d'effectuer les actes suivants : inciter les clients et les clients dépositaires de A_____ SA à rompre voire résilier les contrats les liant à celle-ci en vue d'en conclure d'autres avec eux-mêmes; utiliser les contrats liant A_____ SA à ses clients, dont la durée a été modifiée subséquemment à leur conclusion par la suppression de la clause de renouvellement tacite, afin d'inciter lesdits clients à rompre, voire résilier lesdits contrats en vue d'en conclure d'autres avec eux-mêmes; enlever, manipuler ou utiliser à des fins concurrentielles les meubles présentoirs appartenant à A_____ SA; dénigrer celle-ci ainsi que ses services par des allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes.

Interdiction a en outre été faite à B_____ et C_____ de se présenter comme étant employés de A_____ SA.

Ces injonctions ont été prononcées sous la menace de la peine prévue par l'art. 292 du Code pénal.

x. Par arrêt ACJC/1103/2019 du 16 juillet 2019, des interdictions similaires – à l'exception de celle visant à l'utilisation des contrats liant A_____ SA à ses clients - ont été prononcées à titre de mesures provisionnelles. Un délai de 30 jours dès notification de l'arrêt a été imparti à A_____ SA pour valider les mesures provisionnelles par le dépôt d'une action au fond, sous peine de caducité desdites mesures.

Le recours au Tribunal fédéral formé par B_____ et C_____ contre cet arrêt a été déclaré irrecevable par arrêt du Tribunal fédéral du 22 octobre 2019.

B. a. Le 22 août 2019, A_____ SA a saisi la Cour d'une action en cessation de l'atteinte dirigée contre B_____ et C_____ et D_____ SA.

Elle a conclu en dernier lieu à ce que la Cour interdise à B_____ et C_____ les actes suivants, sous menace de la peine prévue à l'art. 292 CP :

- d'inciter ses clients et ses clients dépositaires à rompre ou à résilier les contrats conclus avec elle en vue d'en conclure d'autres avec eux-mêmes;
- d'utiliser les contrats la liant à ses clients, dont la durée a été modifiée subséquemment à leur conclusion par la suppression de la clause de renouvellement tacite, afin d'inciter lesdits clients à rompre, voire résilier lesdits contrats en vue d'en conclure d'autres avec eux-mêmes;
- de se présenter auprès de tiers comme employés de A_____ SA;
- d'enlever, de manipuler ou d'utiliser à des fins concurrentielles les meubles présents lui appartenant, et
- de la dénigrer, elle ou ses services, par des allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes, le tout avec suite de frais et dépens.

Elle a pris les mêmes conclusions à l'encontre de D_____ SA, à l'exception de l'interdiction de se présenter comme employée de A_____ SA. Elle a également conclu à ce que la Cour interdise à D_____ SA de cesser d'indiquer faussement qu'elle disposait de 875 points de distribution.

Subsidiairement, elle a conclu à ce que la Cour constate le caractère illicite et déloyal des comportements de B_____ et C_____ et de D_____ SA.

A_____ SA a également conclu à ce que la Cour condamne conjointement et solidairement D_____ SA et B_____ et C_____ à lui verser 360'181 fr. 99 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 2019.

Elle a fait valoir que le comportement de ses parties adverses contrevenait à plusieurs dispositions de la LCD. Elle avait perdu 31 clients au profit de D_____ SA, lesquels engendraient un chiffre d'affaires de 312'305 fr. 05. Ces clients avaient quitté A_____ SA du fait de la modification de leurs contrats avec cette société par B_____ et C_____, des mauvaises informations transmises par ces derniers, du fait qu'ils l'avaient dénigrée et indiqué qu'elle mettait fin à ses activités, et de la communication d'informations fausses sur l'étendue du réseau de dépositaires de D_____ SA.

Outre les clients perdus au profit de D_____ SA, A_____ SA avait dû, en raison des démarches déloyales de B_____ et C_____ octroyer des rabais aux autres clients pour les conserver. Ces rabais avaient entraîné pour elle un gain manqué de 47'877 fr. 94.

b. Le 10 janvier 2020, B_____ et C_____ ont conclu au déboutement de A_____ SA de toutes ses conclusions, avec suite de frais et dépens.

Ils ont allégué que les clauses de renouvellement automatique des contrats prévues initialement n'étaient pas valables, de sorte qu'ils avaient renoncé à les appliquer dès 2004. Les clients ayant rejoint D_____ SA pouvaient librement mettre un terme à leur contrat avec A_____ SA, sans que cela ne constitue une violation de la LCD. Ils n'avaient pas dénigré A_____ SA, ni affirmé qu'elle n'existait plus. Ils s'étaient toujours présentés auprès des clients comme agissant au nom et pour le compte de D_____ SA de sorte qu'il n'y avait aucun risque de confusion. Les connaissances acquises par eux au cours de leur activité pour A_____ SA pouvaient être librement utilisées après la fin du contrat de travail, à défaut de clause de non concurrence valable incluse dans ledit contrat. Il n'y avait aucun risque d'atteinte actuelle car ils avaient cessé toute activité dans le domaine concerné depuis le 7 octobre 2019. A_____ SA n'avait pas prouvé avoir subi un dommage patrimonial.

c. D_____ SA n'a pas répondu à la demande et n'a jamais comparu dans le cadre de la présente procédure. Les courriers envoyés à son siège social figurant au Registre du commerce sont revenus à la Cour avec la mention selon laquelle le destinataire était introuvable à l'adresse indiquée.

d. Dès le 30 janvier 2020, A_____ SA s'est mise d'accord avec D_____ SA pour reprendre l'intégralité de la clientèle de cette dernière. A_____ SA n'a rien payé pour cette reprise.

Fin janvier 2020, D_____ SA a indiqué à ses clients qu'elle cessait ses activités avec effet immédiat. Elle proposait à ses clients, en accord avec A_____ SA, que celle-ci reprenne dès le 1^{er} février 2020 la distribution des prospectus, sans conséquence financière pour le client.

e. Dans sa réplique du 10 mars 2020, A_____ SA a persisté dans ses conclusions. Elle a fait valoir qu'il existait un risque de réitération des comportements déloyaux de B_____ et C_____ de sorte qu'elle avait un intérêt actuel à obtenir les interdictions qu'elle requérait.

f. Le 2 avril 2020, B_____ et C_____ ont répliqué et persisté dans leurs conclusions.

g. La Cour a procédé à l'audition des parties et des témoins cités par celles-ci.

h. Les parties ont déposé le 17 décembre 2020 des plaidoiries finales, persistant dans leurs conclusions respectives.

i. Les parties ont été informées le 11 janvier 2020 de ce que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. La Cour de justice est compétente pour connaître du présent litige conformément à l'art. 5 CPC, ce qui n'est pas contesté.
2. **2.1.1** Selon l'art. 2 LCD, 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.

Tout comportement trompeur propre à influencer le consommateur dans ses choix est déloyal si les informations fausses portent sur un fait décisif pour le marché et si le consommateur n'est pas en mesure de reconnaître la tromperie (PICHONNAZ, Commentaire romand, n. 80 ad art. 2 LCD).

L'art. 2 LCD vise également les comportements consistant en la reprise et l'exploitation du travail d'autrui, soit le plus souvent l'imitation d'un produit, étant précisé que, en soi, la LCD n'interdit pas la copie (PICHONNAZ, op. cit., n. 113 ad art. 2 LCD).

Pour être déloyal au sens de l'art. 2 LCD, le comportement doit aussi avoir un impact sur la concurrence, à savoir affecter sensiblement, de manière tangible, le marché. Cette exigence vise à exclure les cas bagatelles qui n'auraient qu'un impact théorique de peu d'importance, sur la base d'un examen des intérêts

touchés, du nombre de personnes concernées et du danger qu'un tel comportement soit imité par d'autres personnes ou entreprises (PICHONNAZ, op. cit., n. 54 et 55 ad art. 2 LCD).

2.1.2 A teneur de l'art. 3 al. 1 LCD, agit de façon déloyale notamment celui qui dénigre autrui, ses prestations, ses prix ou ses affaires par des allégations inexactes, fallacieuses et inutilement blessantes (let. a), ou qui donne des indications inexactes ou fallacieuses sur lui-même, son entreprise, sa raison de commerce, ses marchandises, ses prestations, ses prix, ses méthodes de vente ou ses affaires ou qui, par de telles allégations, avantage des tiers par rapport à leurs concurrents (let. b).

Le dénigrement s'entend de la projection d'une image négative ou méprisable d'un concurrent, qu'elle porte spécifiquement sur sa personne ou sur les éléments qui lui sont associés (produits, prestations, prix, affaires). L'image négative doit être pertinente du point de vue de la concurrence, en ce sens qu'elle doit être dirigée contre le jeu normal de cette dernière et propre à influencer le marché. Tout dénigrement n'est pas illicite au sens de la loi. Ce n'est que lorsqu'il atteint une certaine gravité qu'il devient déloyal. Par conséquent, la comparaison de prestations, dans la forme de la publicité comparative en particulier, n'est pas déloyale en tant que telle (KUONEN, Commentaire romand, n. 1 et 2 ad art. 3 al. 1 let. a LCD).

Ont par exemple été jugés comme constitutifs de dénigrement déloyal au sens de l'art. 3 al. 1 let. a LCD, des affirmations fausses à caractère scientifique présentant des propriétés négatives des micro-ondes, la qualification des animateurs d'une société "d'escrocs", de "groupe criminel" qui avait "volé" des millions à leur créancier, l'affirmation selon laquelle un concurrent adopte un comportement déloyal, alors que tel n'est pas le cas, l'accusation à l'encontre d'un exploitant d'élevage de chevaux dans un article de presse de "nourriture insuffisante et inappropriée", "chevaux mal soignés", "maltraités", écurie qui ne "sentait pas la rose" (KUONEN, Commentaire romand, n. 50 ad art. 3 al. 1 let. a LCD).

A l'inverse, la let. b de l'art. 3 al. 1 LCD vise l'induction en erreur par la surappréciation de la personne ou des prestations d'un concurrent. La tromperie constitue une forme qualifiée de l'induction en erreur; il n'existe cependant entre les deux qu'une différence d'intensité : alors que la première viole le principe de vérité, la seconde viole le principe de clarté. Les allégations qui induisent en erreur doivent être de nature à affecter la liberté de décision du client (KUONEN, op. cit., n. 1 à 3 ad art. 3 al. 1 let. b LCD).

2.1.3 Selon l'art. 4 let. a LCD, agit également de façon déloyale celui qui incite un client à rompre un contrat en vue d'en conclure un autre avec lui.

Est notamment déloyal le fait que le perturbateur incite une partie à violer ses engagements contractuels pour en tirer un avantage, parce qu'il cherche à conclure un contrat avec cette partie. L'art. 4 LCD renvoie à des considérations liées à la morale dans les affaires, plus précisément à la correction que les règles de la bonne foi imposent à chacun dans les pratiques commerciales. Même si, dans une économie de marché, un entrepreneur doit compter avec une certaine compétition et donc avec le risque que des tiers tentent de débaucher ses partenaires contractuels, il doit aussi pouvoir partir de l'idée que cette compétition restera dans le cadre défini par la loi. L'art. 4 LCD repose aussi sur l'idée que la fidélité contractuelle garantit une sécurité et une continuité minimale dans les affaires et qu'elle doit par conséquent être protégée pour assurer le bon fonctionnement de la concurrence (MORIN/OPPLIGER, Commentaire romand, n. 9 et 11 ad art. 4 LCD).

L'art. 4 LCD exige qu'au moment de l'intervention du perturbateur, un contrat lie la partie visée par cette intervention à la partie affectée par celle-ci. L'art. 4 LCD ne s'applique pas si le contrat a déjà pris fin lorsqu'intervient le perturbateur. Le perturbateur doit en outre être intervenu auprès de la partie qui a violé le contrat avec une certaine intensité. Le simple fait de prendre contact avec le cocontractant d'un concurrent, de lui évoquer la possibilité de conclure un autre contrat sur le même objet ou de lui adresser à sa demande une offre de conclure un tel contrat ne constitue pas encore une incitation au sens de l'art. 4 LCD. L'incitation doit avoir été couronnée de succès (MORIN/OPPLIGER, op. cit., n. 17, 18, 20 ad art. 4 LCD).

L'incitation doit avoir conduit la partie visée à rompre le contrat en adoptant un comportement contraire à ses engagements contractuels et non justifié par un autre motif juridique. La rupture de contrat au sens de cette disposition s'entend de tout comportement contraire au contrat, pour autant qu'il ait une influence sur la concurrence, en affectant les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients. Le cas échéant, peu importe que l'obligation contractuelle violée soit principale ou accessoire, que cette violation soit particulièrement grave ou non, ou qu'elle ait entraîné ou non la fin du contrat. On retiendra par exemple une violation du contrat ayant un impact sur la concurrence lorsque le client met fin au contrat le liant à son fournisseur sans respecter le délai de congé, alors qu'il ne bénéficie d'aucun motif propre à fonder une résiliation anticipée (MORIN/OPPLIGER, op. cit., n. 28 ad art. 4 LCD).

2.1.4 Celui qui, par un acte de concurrence déloyale, subit une atteinte dans sa clientèle, son crédit ou sa réputation professionnelle, ses affaires ou ses intérêts économiques en général peut demander au juge de l'interdire, la faire cesser et en constater le caractère illicite (art. 9 al. 1 LCD).

Lorsque l'acte de concurrence déloyale a été commis par un travailleur ou par un autre auxiliaire dans l'accomplissement de son travail, les actions prévues à l'art. 9 al. 1 LCD peuvent également être intentées contre l'employeur (art. 11 LCD).

Cette disposition permet de poursuivre l'employeur pour le fait d'autrui, soit lorsqu'il n'a pas personnellement commis ou risqué de commettre un comportement déloyal au sens des art. 2 à 8 LCD (FORNAGE, Commentaire romand, n. 3 ad art. 11 LCD). L'auxiliaire doit être subordonné à l'employeur. Le rapport de subordination doit être retenu lorsque la personne qui a commis l'acte de concurrence déloyale était soumise aux instructions d'une autre personne qui l'avait choisie pour effectuer une tâche et qui pouvait également la surveiller dans l'exécution de celle-ci. En présence d'un contrat de travail, l'existence d'un employeur et d'un auxiliaire est toujours admise (FORNAGE, op. cit., n. 7 ad art. 11 LCD).

2.1.5 Selon l'art. 32 al. 1 CO, les droits et les obligations dérivant d'un contrat fait au nom d'une autre personne par un représentant autorisé passent au représenté.

A défaut de tels pouvoirs, le tiers contractant peut faire état de la communication des pouvoirs que lui aurait faite le représenté, sa bonne foi étant présumée (art. 33 al. 3, 34 al. 3 CO et 3 al. 1 CC), ou d'une éventuelle ratification par le représenté (art. 38 CO) (CHAPPUIS, Commentaire romand, n. 19 ad art. 32 CO).

2.1.6 Selon l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit pas le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit.

2.2 En l'espèce, la demanderesse n'a pas établi que les défendeurs avaient incité les 31 clients qu'elle allègue avoir perdu au profit de D_____ SA à rompre le contrat qui la liait à eux de manière contraire à leurs engagements contractuels.

En effet, sur lesdits clients, seuls les contrats de neuf d'entre eux, soit la FONDATION W_____, [l'entreprise touristique] AK_____, M_____ AG, la FONDATION H_____, le [site touristique] S_____, [le musée] AL_____, le MUSEE O_____, le [parc d'attractions] L_____ et [le journal] J_____ ont été produits.

Pour les autres clients, les contrats n'étant pas produits, il est impossible de déterminer si les clients en question ont violé leurs engagements contractuels en résiliant ces contrats de manière anticipée. La demanderesse n'a de plus fourni aucune indication sur les modalités selon lesquelles ces contrats ont été résiliés.

En ce qui concerne les neuf clients précités, dont les contrats ont été produits, il n'est pas établi que ceux-ci aient résilié leur contrat en violation de leurs obligations.

Le seul client pour lequel les circonstances de la résiliation du contrat ont été documentée par pièces est M_____ AG. Il ressort des échanges de courriel produits que la demanderesse a accepté, par gain de paix, la résiliation du contrat de ce client au 31 décembre 2018. L'on ne saurait dès lors en conclure que M_____ AG a violé ses obligations contractuelles dans ce cadre.

En tout état de cause, pour ce client, comme d'ailleurs pour les autres clients, la demanderesse n'a pas démontré que la modification de la durée du contrat n'avait pas été faite d'entente entre les parties et, partant, qu'elle n'était pas valable.

Le seul fait que B_____ ait, comme le soutient la demanderesse, excédé ses pouvoirs en proposant à M_____ AG de modifier la durée de son contrat ne suffit pas à établir que ladite modification est dépourvue de validité. M_____ AG pouvait penser de bonne foi que B_____, qui représentait la demanderesse et était inscrit comme l'un de ses directeurs au Registre du commerce, avait bien le pouvoir d'accepter une modification de la durée du contrat. Conformément aux art. 33 al. 3 CO, 34 al. 3 CO et 3 al. 1 CC, la bonne foi de ce client doit être protégée et la suppression de la clause de renouvellement tacite considérée comme valable.

Il n'est dès lors pas établi que les défendeurs ont incité M_____ AG à violer ses engagements contractuels pour conclure un contrat avec eux.

Ce qui précède vaut également pour les huit autres clients de la demanderesse dont les contrats ont été produits.

Cela est d'autant plus vrai qu'aucune information n'a été fournie par la demanderesse sur les circonstances dans lesquelles lesdits contrats ont été résiliés. Il n'est ainsi pas possible de déterminer si les délais de résiliation ont été respectés ou non et si les défendeurs ont incité les clients en question à rompre leurs contrats.

A cela s'ajoute que tous les clients de la demanderesse entendus comme témoins lors des enquêtes ont affirmé que leurs contrats étaient signés sur une base annuelle.

Par exemple, le témoin T_____, employée de la FONDATION W_____ [et de l'entreprise] AK_____ a déclaré que, chaque année, son responsable voyait B_____ pour discuter du renouvellement du contrat. Elle n'a pas confirmé que l'un ou l'autre des défendeurs l'avaient incitée à rompre le contrat avec la demanderesse pour en conclure avec eux. Elle a au contraire déclaré que le Musée W_____ avait travaillé avec D_____ SA en 2019 car elle n'avait plus de nouvelles de la demanderesse après le départ de B_____. Le témoin U_____ a quant à lui indiqué qu'il n'avait pas retenu l'offre de la demanderesse pour 2019,

notamment en raison du fait que le MUSEE X_____ était tenu de changer régulièrement de prestataire.

Il résulte de ce qui précède que la demanderesse n'a pas établi que les défendeurs avaient incité ses clients à rompre leurs contrats avec elle de manière contraire à leurs obligations contractuelles en vue d'en conclure de nouveaux avec eux au sens de l'art. 4 let. a LCD.

Il n'est par conséquent pas nécessaire de trancher la question de savoir si, comme le soutiennent les défendeurs, ladite clause contenue dans les contrats des clients de la demanderesse était invalide car illégale.

La demanderesse n'a pas non plus établi que les défendeurs l'avaient dénigrée au sens de l'art. 3 al. 1 LCD. Les témoins entendus par le Tribunal ont au contraire affirmé que B_____ n'avait pas critiqué la demanderesse.

Lesdits témoins ont en outre tous relevés que, après la fin de leur contrat avec la demanderesse, B_____ s'était présenté comme travaillant pour D_____ SA. Il n'est dès lors pas établi que B_____ aurait sciemment entretenu une confusion sur la personne de son employeur.

Il ressort de l'audition du témoin AH_____ et des pièces produites que B_____ et C_____ ont fait courir le bruit que la demanderesse était en faillite et qu'elle ne pourrait plus assurer ses prestations. Ces rumeurs étaient inexactes, mais n'atteignent pas le seuil de gravité nécessaire pour constituer un dénigrement prohibé au sens de l'art. 3 al. 1 LCD. La fausse indication fournie pouvait au demeurant facilement être démentie par la demanderesse soit spontanément, soit sur interrogation des clients concernés.

Il n'est par ailleurs pas établi que l'affirmation de C_____ sur son profil AM_____ [réseau social professionnel] selon laquelle la société D_____ SA collaborait avec 875 points de diffusion en Suisse est fausse.

La demanderesse fait valoir, sans motiver cette affirmation, que l'export non autorisé de ses fichiers informatiques, l'utilisation induue de ses présentoirs et leur enlèvement par les défendeurs, ainsi que les "nombreux actes préparatoires accomplis" par ceux-ci avant la fin des rapports de travail sont des comportements tombant sous le coup de la clause générale de l'art. 2 LCD. Elle n'explique cependant pas précisément en quoi ces comportements seraient concrètement contraires à cette disposition.

Sur la base des éléments de preuve figurant au dossier, il n'apparaît en particulier pas que ces comportements seraient constitutifs d'une tromperie du consommateur propre à l'influencer dans ses choix au sens de l'art. 2 LCD.

L'on relèvera à cet égard en particulier le fait que les hôtels et autres établissements dépositaires des présentoirs de la demanderesse n'étaient pas ses clients, puisqu'ils se limitaient à mettre gratuitement à disposition de la demanderesse des emplacements pour qu'elle y place ses présentoirs. En tout état de cause, il n'est pas démontré que les dépositaires en question ont restitué les présentoirs de la demanderesse de manière contraire à leurs obligations contractuelles.

L'export des fichiers informatiques de la demanderesse par les frères B_____/C_____ paraît certes être un comportement critiquable sous l'angle de la bonne foi. Il n'est cependant pas établi qu'un tel comportement ait eu des effets tangibles sur le marché, au sens de la jurisprudence relative à l'art. 2 LCD. Cela est d'autant plus vrai que les frères B_____/C_____ connaissaient parfaitement la clientèle de la demanderesse pour l'avoir régulièrement fréquentée depuis une quinzaine d'année, de sorte que l'export des fichiers informatiques n'a pas sensiblement modifié la situation sur ce point.

Ce qui précède vaut également pour l'utilisation, par les défendeurs, de certains présentoirs de la demanderesse pour y entreposer les prospectus de leurs clients. Il ressort du dossier que cette utilisation ne s'est produite que de manière ponctuelle, pendant une période limitée et n'a dès lors pas eu d'effet tangible sur le marché. La demanderesse n'a qui plus est pas démontré avoir subi un préjudice de ce fait.

A cela s'ajoute que la demanderesse n'a pas établi la quotité du dommage qu'elle allègue avoir subi.

Elle fait notamment valoir qu'elle a dû octroyer des rabais à certains clients pour les conserver, pour un montant total de 47'877 fr. 99. Les factures produites ne démontrent cependant pas que ces rabais ont dû être octroyés aux clients concernés en raisons de faits imputables aux défendeurs.

De plus, plusieurs des factures produites ont été émises alors que B_____ et C_____ étaient encore employés de la demanderesse, ce qui contredit les affirmations de la demanderesse selon lesquelles les rabais ont dû être octroyés postérieurement au départ des défendeurs, dans le but de conserver sa clientèle.

Il résulte de ce qui précède que la demanderesse n'a pas établi que les défendeurs ont commis à son détriment des actes de concurrence déloyale au sens de la LCD. L'existence d'une atteinte et d'un dommage au sens de l'art. 9 LCD n'a pas non plus été démontrée.

La demanderesse n'a pas non plus prouvé qu'elle avait un intérêt actuel à obtenir les interdictions qu'elle requiert. Les frères B_____/C_____ et D_____ SA ont en effet cessé toute activité dans le domaine de la distribution de prospectus

publicitaires et rien ne permet de retenir qu'ils entendent reprendre une telle activité de manière contraire à la LCD.

La demanderesse sera par conséquent déboutée de toutes ses conclusions.

3. Les frais et dépens seront mis à la charge de la demanderesse qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

Les frais judiciaires seront arrêtés à 20'000 fr. et compensés avec l'avance de 24'600 fr. versée par la demanderesse, acquise à l'Etat de Genève à due concurrence (art. 12 et 17 RTFMC). Le solde en 4'600 fr. sera restitué à la demanderesse. Le montant de 1'000 fr. versé par B_____ et C_____ au titre d'avance de frais d'indemnisation des témoins leur sera également restitué, dans la mesure où aucun témoin n'a requis d'indemnisation.

La demanderesse sera en outre condamnée à verser à B_____ et C_____, pris solidairement, 22'000 fr. de dépens, débours et TVA inclus (art. 85, 87 et 88 RTFMC; art. 25 et 26 LaCC). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à D_____ SA qui n'a pas comparu.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile de la Cour de justice,

statuant en instance cantonale unique :

Déboute A_____ SA de toutes ses conclusions.

La condamne aux frais judiciaires, arrêtés à 20'000 fr. et compensés avec l'avance versée, acquise à l'Etat de Genève à concurrence du montant précité.

Invite les Services financiers du Pouvoir judiciaire à restituer à A_____ SA le solde de l'avance versée en 4'600 fr. et à restituer à B_____ et C_____, pris solidairement, leur avance de frais en 1'000 fr.

Condamne A_____ SA à verser à B_____ et C_____, pris solidairement, 22'000 fr. de dépens.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Monsieur Laurent RIEBEN, président; Monsieur Patrick CHENAUX, Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, juges; Madame Sophie MARTINEZ, greffière.

Le président :

Laurent RIEBEN

La greffière :

Sophie MARTINEZ

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.