



POUVOIR JUDICIAIRE

C/29027/2019

ACJC/548/2020

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU MARDI 7 AVRIL 2020**

Entre

A _____ SA, sise _____ [GE], requérante en mesures provisionnelles et en preuve à futur, comparant par Me Mathieu Granges, avocat, et par Me Benjamin Humm, avocat, rue Charles-Bonnet 2, 1206 Genève, en l'étude desquels elle fait élection de domicile,

et

1) **Monsieur B** _____, domicilié _____ (France), cité,

2) **C** _____ SA, sise _____ (GE),

autre citée, comparant tous deux par Me Titus van Stiphout, avocat, Badstrasse 4, 5400 Baden (AG), en l'étude duquel ils font élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 4 mai 2020.

EN FAIT

A. a. A_____ SA est une société anonyme de droit suisse avec siège à Genève, et une succursale dans le canton de Vaud, et dont le but est, en substance, le placement de personnel, la formation professionnelle et le coaching, notamment dans les domaines de l'hôtellerie et de la restauration.

b. B_____ a été employé par A_____ SA du 10 septembre 2012 au 28 février 2019.

B_____ a commencé par occuper la fonction de "*conseiller en placement*", ce qui correspondait concrètement à la fonction de "*responsable du secteur cuisine*". Puis dès le 1^{er} novembre 2016, il est devenu, en sus, "*responsable du Pôle D_____ basé à Genève*". A ce titre, il était amené, notamment, à développer l'activité commerciale, à connaître le marché et la concurrence, à s'assurer de la solvabilité des clients du Pôle D_____, en s'occupant du suivi des risques, des recouvrements et du contentieux, à participer aux relations extérieures en vue d'assurer la promotion de l'entreprise, à organiser et préparer des visites commerciales avec des clients et des prospects, à analyser les besoins des clients et prospects en utilisant tous les moyens mis à sa disposition pour proposer une offre compétitive et à négocier et conclure les différentes conditions commerciales avec ses clients (prix, délai de règlement, ...).

Dès le 1^{er} octobre 2017, B_____ est devenu responsable à 100% du Pôle D_____ basé à Genève. Il a allégué que dès cette date il n'occupait plus aucune fonction commerciale. Il était localisé à E_____ dans des locaux séparés de ceux de A_____ SA, sis dans le quartier de F_____. Néanmoins, dès le 1^{er} novembre 2018, B_____ a réintégré les locaux de A_____ SA à F_____ et a fait part de son mal-être à son employeur. Il a envisagé de quitter l'entreprise. Puis, à fin novembre 2018, B_____ est retourné dans les locaux de E_____.

B_____ a été inscrit au Registre du commerce en qualité de directeur de A_____ SA avec pouvoir de signature collective à deux du 12 novembre 2015 au 28 janvier 2019.

Son contrat de travail contenait une clause de non-concurrence libellée comme suit : "*NE PAS TRAVAILLER POUR LA CONCURRENCE DURANT UN AN APRES VOTRE DEPART*". Cette clause a, par la suite, été précisée, par une annexe au contrat de travail du 17 décembre 2012 : "*Durant les rapports de travail liant M. B_____ à [A_____ SA] ainsi que pendant les 12 mois suivant l'expiration de son contrat M. B_____ s'engage à ne pas divulguer d'informations liées aux activités de [A_____ SA] ni à travailler pour le compte d'une société concurrente ou pour son propre compte en son nom ou en celui d'un tiers dans les cantons de Vaud et Genève.*" Puis dès le 1^{er} novembre 2016,

l'activité couverte par la clause de non concurrence a été élargie à l'activité [spécifique du Pôle D_____] dans les cantons de Vaud et Genève.

Le règlement intérieur de A_____ SA comprend une clause 2.4 qui prévoit, notamment : "*Indépendamment du secret professionnel découlant du contrat de travail, il est rappelé que la loyauté et l'obligation de discrétion constituent le principe fondamental régissant l'activité du Placement et sont des éléments essentiels de notre éthique professionnelle. Elles impliquent :*

- *la défense des intérêts de A_____ SA, dans les limites du cadre légal:*
- *une discrétion totale sur les affaires professionnelles et privées dont chaque collaborateur a connaissance, qu'elles concernent les clients, les autres collaborateurs de A_____ SA ou les tiers en général.*

La transmission de documents ou d'informations à des tiers doit impérativement être soumise, au préalable, à l'approbation du responsable hiérarchique.

Le devoir de réserve et le maintien du secret professionnel perdurent au-delà de la fin des rapports de travail".

Ce même règlement comprend la clause 2.6, qui prévoit : "*Conformément à l'art. 321a du Code des Obligations (CO), pendant la durée des rapports de travail, le collaborateur n'est pas autorisé à exercer une autre activité lucrative en concurrence avec celle qu'il accomplit au sein de A_____ SA. Demeure réservé l'exercice d'une autre activité lucrative, moyennant un temps de travail partiel au sein de A_____ SA et l'accord écrit préalable de celui-ci.*

Dans certains cas, A_____ SA se réserve la possibilité, dans le cadre du contrat de travail le liant à un collaborateur, de requérir de ce dernier son engagement à s'abstenir de lui faire concurrence, à l'issue des rapports de travail aux conditions prévues par la loi et la jurisprudence en la matière."

c. Dès le 13 décembre 2018, B_____ s'est trouvé en incapacité totale de travail.

d. Le 17 décembre 2018, il a résilié son contrat de travail avec effet au 28 février 2019.

Il a été libéré, par courrier de A_____ SA du 24 décembre 2018, de l'obligation de travailler et le contenu de la clause de prohibition de faire concurrence lui a été rappelé.

Par courriel du 2 janvier 2019, A_____ SA a demandé à B_____ la restitution de "*tous dossiers papier et sous forme électronique [tels que] listes de clients, listes de travailleurs temporaires, décomptes et autres documents de travail"*.

Par courrier du 7 janvier 2019, B_____ a déclaré qu'il restituerait son ordinateur, mais qu'il ne possédait plus de téléphone portable - qu'il avait déjà restitué -, ni de dossier sous forme papier ou électronique.

e. Par courrier du 28 janvier 2019, A_____ SA a informé B_____ qu'elle avait appris qu'il exerçait une activité concurrente, prohibée par ses obligations résultant des rapports de travail.

A_____ SA a ainsi mis B_____ en demeure de cesser l'activité en question et de lui verser 50'000 fr. à titre de dédommagement.

f. C_____ SA est une société anonyme dont le siège est à G_____ (GE) et qui est active dans le placement de personnel fixe et temporaire. Elle dispose également d'une succursale dans le canton de Vaud.

g. Par contrat de travail signé le 30 octobre 2019, B_____ a été engagé par C_____ SA comme "*Chef de secteur - secteur _____*" dès le 11 novembre 2019.

h. Le 19 novembre 2019, A_____ SA a mis B_____ en demeure de cesser son activité professionnelle auprès de C_____ SA.

i. Un courriel a été envoyé par H_____ (A_____ SA) à I_____ (A_____ SA) le 5 décembre 2019 de l'adresse correspondant à celle de H_____, employée de A_____ SA.

Son contenu est le suivant :

"Bonjour,

Suite à notre entretien et aux questions posées du début de semaine :

J'ai travaillé avec B_____ durant 5 ans, il était mon collègue direct durant cette période.

Durant toute la période de notre collaboration, je l'ai vu avec un disque dur externe branché sur la tour de l'ordinateur.

Il a pris le fichier client durant sa collaboration avec A_____ SA ; et qu'il [sic] m'avait indiqué lors d'une discussion que lors qu'il partirait il prendrait le fichier.

Bien à vous,

H_____".

B_____ a contesté la teneur de ce document et relevé qu'il n'était pas signé.

j. A_____ SA a reproché à B_____ d'avoir approché, pour le compte de C_____ SA, certains de ses clients, soit, à Genève : [les entreprises] J_____,

K_____, L_____, et M_____ SA; et, dans le canton de Vaud, [les entreprises] N_____, O_____ et P_____. Ces clients généraient un chiffre d'affaires annuel de plusieurs centaines de milliers de francs. A l'appui de ses allégations, A_____ SA a produit un document de sa confection sur lequel il est écrit, à la main, "*client perdu*" au regard de J_____ et de M_____ SA, ainsi qu'une copie d'un sms dont l'expéditeur et le récipiendaire sont inconnus et qui fait état d'une offre plus compétitive de C_____ SA à J_____ par rapport aux prestations de A_____ SA.

Conformément aux pièces que C_____ SA a produites, celle-ci était en relation commerciale avec J_____ depuis 2017 (elle lui fournissait des travailleurs temporaires), de même qu'avec K_____ depuis mars 2019 et avec M_____ SA depuis 2017 (à qui elle fournissait aussi des travailleurs temporaires). Elle avait transmis des offres à L_____ dès 2018. C_____ SA a allégué que N_____ n'avait jamais été un de ses clients. Elle était entrée en contact en septembre 2019 avec O_____ en raison d'une connaissance professionnelle au sein de cet établissement de l'une de ses employées occupant la fonction de "*Responsable Secteur _____*", ce qui ressort des pièces produites. Il en est allé de même avec P_____, contacté au début octobre 2019 : l'employé de C_____ SA avait un contact propre au sein du groupe Q_____ qui détenait P_____, ce qui résulte encore des documents produits.

A_____ SA reproche encore à B_____ d'avoir approché R_____ SA - client qui générait un chiffre d'affaires de plus d'un million de francs par année - pour le compte de C_____ SA. Selon des courriels rédigés par des employés de A_____ SA en février 2020, B_____ aurait démarché R_____ SA en janvier 2020 afin qu'elle choisisse une agence exclusive pour le travail intérimaire, soit C_____ SA. Ensuite de quoi, des travailleurs intérimaires placés chez R_____ SA avaient démissionné de A_____ SA pour se faire employer par C_____ SA.

C_____ SA a produit des pièces démontrant que R_____ SA avait été approchée dès janvier 2019 et n'a pas contesté que le client l'avait choisie exclusivement.

- B. a.** Par acte expédié le 17 décembre 2019 au greffe de la Cour de justice, A_____ SA a conclu, sur mesures superprovisionnelles, puis sur mesures provisionnelles, lesquelles devaient rester en vigueur jusqu'à décision sur le fond, à ce que la Cour fasse interdiction à B_____, sous menace des peines prévues par l'art. 292 CP, d'exploiter, consulter, communiquer ou d'utiliser de quelque manière que ce soit les données en sa possession provenant de son activité auprès de A_____ SA, de contacter de quelque manière que ce soit, en agissant directement ou indirectement, les clients ou les travailleurs temporaires de A_____ SA ou de son groupe aux fins de les inciter à modifier de quelque

manière que ce soit leurs relations commerciales ou contractuelles avec A_____ SA ou son groupe, d'effacer ou de modifier, d'une quelconque manière, les données sur tous supports informatiques, en particulier le disque dur externe utilisé pour transférer des données depuis l'ordinateur professionnel que A_____ SA lui avait confié pendant leurs rapports de travail, fasse interdiction à C_____ SA, sous menace des peines prévues par l'art. 292 CP, d'exploiter, consulter, communiquer ou d'utiliser de quelque manière que ce soit les données en sa possession provenant de l'activité de B_____ auprès de A_____ SA, de contacter de quelque manière que ce soit, en agissant directement ou indirectement, les clients ou les travailleurs temporaires de A_____ SA ou de son groupe aux fins de les inciter à modifier de quelque manière que ce soit leurs relations commerciales ou contractuelles avec A_____ SA ou son groupe, d'effacer ou de modifier, d'une quelconque manière, les données sur tous supports informatiques, en particulier des disques durs ou des ordinateurs de C_____ SA sur lesquels sont enregistrées des données en sa possession provenant de l'activité de B_____ auprès de A_____ SA. Sur requête de preuve à futur, elle a conclu à ce que la Cour ordonne à B_____ et à C_____ SA, sous menace des peines prévues par l'art. 292 CP, de remettre immédiatement à l'huissier mandaté par la Cour, subsidiairement de produire en mains de la Cour, au plus tard le lendemain de la notification de l'ordonnance, tous supports informatiques, en particulier le disque dur externe utilisé pour transférer des données depuis l'ordinateur professionnel que A_____ SA avait confié à B_____ pendant leurs rapports de travail et sur lesquels seraient enregistrées des données provenant de l'activité de B_____ auprès de A_____ SA, le tout sous suite de frais et dépens.

b. Par arrêt du 24 décembre 2019 (ACJC/1909/2019), la Cour, statuant sur mesures superprovisionnelles, a fait interdiction à B_____ et à C_____ SA de contacter, de quelque manière que ce soit, directement ou indirectement, les clients ou les travailleurs temporaires de A_____ SA ou du groupe A_____ SA aux fins de les inciter à modifier de quelque manière que ce soit leurs relations commerciales ou contractuelles avec A_____ SA ou le groupe A_____ SA, dit que cette interdiction était prononcée sous menace de la peine prévue par l'art. 292 CP ainsi libellé: "*Celui qui ne se sera pas conformé à une décision à lui signifiée sous la menace de la peine prévue au présent article par une autorité ou un fonctionnaire compétents sera puni d'une amende*", dit que ces mesures superprovisionnelles déploieraient leurs effets jusqu'à droit jugé sur la requête de mesures provisionnelles, débouté A_____ SA de toutes autres conclusions et dit qu'il serait statué sur les frais de la décision avec la décision sur le fond.

c. B_____ et C_____ SA, comparant par le même avocat, ont conclu à ce que la Cour déclare irrecevables les requêtes de A_____ SA. Subsidiairement, ils ont conclu au rejet desdites requêtes. Plus subsidiairement, ils ont conclu à ce que la Cour limite l'effet des mesures provisionnelles dans le temps jusqu'au 28 février [2020] au maximum et condamne A_____ SA à fournir des sûretés de 40'800 fr.

en faveur de B_____ et de 81'600 fr. en faveur de C_____ SA, le tout sous suite de frais et dépens.

d. Les parties ont répliqué, respectivement dupliqué, et persisté dans leurs conclusions.

- C.** Par jugement JTPH/55/2020 du 14 février 2020, le Tribunal des prud'hommes a rejeté la requête de mesures provisionnelles de A_____ SA, du 17 décembre 2019, tendant à ce que le Tribunal des prud'hommes ordonne à B_____, sous menace des peines prévues à l'article 292 CP, de cesser immédiatement son activité auprès de C_____ SA sur le territoire des cantons de Genève et Vaud jusqu'au 28 février 2020 et fasse interdiction à B_____, sous menace des peines prévues à l'article 292 CP, d'exercer une activité auprès de C_____ SA ou toute autre entreprise concurrente à A_____ SA et ainsi active dans le domaine du placement de personnel sur le territoire des cantons de Genève et Vaud jusqu'au 28 février 2020.

EN DROIT

- 1.** Saisie en instance unique d'une requête en mesures provisionnelles, la Cour de justice doit en examiner la recevabilité d'office.

1.1 La Chambre civile de la Cour de justice connaît en instance unique des litiges portant sur des droits de propriété intellectuelle ou relevant de la loi contre la concurrence déloyale lorsque la valeur litigieuse dépasse 30'000 fr. (art. 5 al. 1 let. a et d CPC; art. 120 al. 1 let. a LOJ). Cette compétence vaut également pour statuer sur les mesures provisionnelles requises avant litispendance (art. 5 al. 2 CPC).

En l'espèce, la requérante fonde ses prétentions sur la loi contre la concurrence déloyale.

Les cités remettent en cause le fait que la valeur litigieuse minimale de 30'000 fr. soit atteinte.

La requérante a pourtant invoqué un chiffre d'affaires représentant plus de 1'000'000 fr. en lien avec les clients qui pourraient être influencés par les faits qu'elle allègue. Ces allégués sont crédibles au regard de la nature du marché considéré, le placement de personnel, et de la nature des clients en cause, soit de grands clients institutionnels. Par ailleurs, les cités eux-mêmes ont réclamé des sûretés de quelque 40'000 fr. et 80'000 fr. pour pallier l'effet d'éventuelles mesures provisionnelles. Il s'ensuit que, si les effets d'éventuelles mesures provisionnelles peuvent, de l'aveu même des cités, causer des dommages de cet ordre, les agissements invoqués sont manifestement de nature à en provoquer de semblables.

Il s'ensuit que la valeur litigieuse minimale de 30'000 fr. est atteinte.

La compétence à raison de la matière de la Cour est ainsi donnée.

1.2

1.2.1 La cause présente un élément d'extranéité en raison du domicile à l'étranger de l'un des cités.

En vertu des art. 5 ch. 3 et 31 CLug et 10 LDIP, les tribunaux suisses sont compétents, l'atteinte étant susceptible de se produire uniquement dans notre pays.

1.2.2 En matière provisionnelle, est impérativement compétent le tribunal compétent pour statuer sur l'action principale ou le tribunal du lieu où la mesure doit être exécutée (art. 13 CPC).

Le tribunal du domicile ou du siège du lésé ou du défendeur ou le tribunal du lieu de l'acte ou du résultat de celui-ci est compétent pour statuer sur les actions fondées sur un acte illicite (art. 36 CPC). La notion d'acte illicite doit être interprétée de manière large, ce qui signifie que le for de l'art. 36 CPC est notamment ouvert en ce qui concerne les actions fondées sur la LCD (HALDY, Commentaire romand, Code de procédure civile, 2^{ème} éd., 2019, n. 2 ad art. 36 CPC).

En l'espèce, la requérante a son siège à Genève, de sorte que la Cour est compétente à raison du lieu.

1.3 Les mesures provisionnelles sont soumises à la procédure sommaire (art. 248 let. d CPC), dans le cadre de laquelle, sauf exceptions, la maxime des débats s'applique (art. 55 al. 1 CPC; BOHNET, in Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, ch. 23 et 26, p. 201 et 202). La maxime de disposition est par ailleurs applicable (art. 58 al. 1 CPC).

2. Suite à la décision rendue par le Tribunal des prud'hommes, la question de la litispendance ou de la *res judicata* doit être examinée d'office (art. 60 CPC).

2.1 Aux termes de l'art. 59 al. 2 CPC, le tribunal n'entre en matière que sur les demandes et requêtes qui satisfont aux conditions de recevabilité, à savoir notamment que le litige ne fait pas l'objet d'une litispendance préexistante (let. d) et qu'il ne fait pas l'objet d'une décision entrée en force (let. e).

La litispendance est créée par le dépôt de la requête de conciliation, de la demande ou de la requête en justice (art. 62 al. 1 CPC; ATF 141 III 101 consid. 5.6, arrêt du Tribunal fédéral 5A_184/2015 du 22 janvier 2016 consid. 4.3). Elle a principalement pour effet que la même cause, opposant les mêmes parties, ne peut être portée en justice devant une autre autorité (art. 64 al. 1 let. a CPC).

La litispendance est en lien étroit avec l'institution de la force de chose jugée matérielle, dont elle est en quelque sorte le stade préliminaire. Afin d'éviter des jugements contradictoires et des procès inutiles, la demande introduite en premier lieu doit exclure toute demande identique ultérieure, pour laquelle l'intérêt à l'action fait ainsi défaut (ZÜRCHER, in *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO]*, 3^{ème} éd. 2016, n. 26 ad art. 59 CPC).

Il y a identité d'objet du litige lorsque, dans l'un et l'autre procès, les parties soumettent au juge la même prétention en se fondant sur les mêmes causes juridiques et les mêmes faits; il n'est pas nécessaire, ni même déterminant que les conclusions soient formulées de manière identique. L'identité est déterminée par les conclusions comprises dans la demande dans la première procédure. La nouvelle prétention n'est ainsi pas différente de la première, même si elle est intitulée différemment, lorsqu'elle était déjà contenue dans celle-ci, ou lorsque les conclusions constituent le contraire des précédentes, ou lorsque la question principale dans le premier procès se pose à titre préjudiciel dans le second (ATF 125 III 241 consid. 1; 123 III 16 consid. 2a; arrêt du Tribunal fédéral 4A_141/2013 du 22 août 2013 consid. 2.2.3).

L'introduction d'une requête de mesures provisionnelles crée la litispendance s'agissant de l'objet litigieux provisoirement invoqué. Cette requête n'a pas le même objet qu'une demande au fond et n'empêche donc pas le dépôt d'une demande au fond devant un autre juge (arrêt du Tribunal fédéral 4A_230/2017 du 4 septembre 2017 consid. 3.2; BOHNET, *Code de procédure civile, Commentaire romand*, 2^e éd., 2019, n. 14 ad art. 62 CPC; SUTTER-SOMM/HEDINGER, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, SUTTER-SOMM et al. [éd.], 3^{ème} éd., Zurich 2016, n. 17 ad art. 62 CPC).

De manière générale, en procédure civile, le principe est que les décisions prises en procédure sommaire sont placées sur le même pied que les décisions prises en procédure ordinaire, sur le plan de la force de chose jugée, à savoir qu'elles entrent en force à l'expiration du délai de recours et qu'elles sont donc irrévocables, sous réserve d'un cas de révision (art. 328 et suivants CPC; ATF 141 III 43 consid. 2.5.2 et les références). S'agissant des décisions sommaires de la juridiction gracieuse (art. 256 al. 2 CPC) et les décisions sur mesures provisionnelles (art. 268 al. 1 CPC), le CPC prévoit la possibilité d'une modification ou d'une révocation postérieures (ATF 141 III 43 consid. 2.5.2). Ainsi, les mesures provisionnelles bénéficient d'une force de chose jugée limitée. Elles peuvent ainsi être modifiées pour le futur, une modification ou une révocation rétroactive nécessitant selon la jurisprudence ancienne, à certaines conditions, la levée de la force de chose jugée (matérielle) par une procédure de révision. Une nouvelle requête sur le même objet se heurte à l'exception de la *res judicata*, lorsqu'elle se fonde sur un état de fait identique à celui d'une demande

antérieure (ATF 141 III 376 consid. 3.3.4; 138 III 382 consid. 3.2.2 avec les références).

2.2 En l'espèce, la requérante a demandé, dans la présente procédure et en substance, à ce que les cités n'utilisent, ni ne détruisent des données prétendument obtenues auprès d'elle et ne contactent pas ses clients ou ses travailleurs temporaires. Elle a en sus formé une requête de preuve à futur.

Dans le cadre de la procédure prud'homale, initiée le même jour que la présente procédure, la requérante a axé sa requête sur la question de l'activité du cité auprès de la citée, en ce sens qu'il devait arrêter de travailler pour elle.

Il s'ensuit que, si, certes, la décision des juges prud'hommes déploie un effet de chose jugée limitée, elle ne porte pas sur les mêmes rapports juridiques, ni sur les mêmes faits que la présente requête. Bien que celle-ci se situe dans le même contexte juridique, elle ne vise pas à réguler des questions de droit du travail, lesquelles ont été soumises aux juges prud'hommes compétents.

Par conséquent, la requête est recevable.

Cela étant, il ne s'agira pas pour la Cour de céans de faire application de dispositions ou de faits relevant de la relation de travail antérieure du cité avec la requérante. Ces aspects ont été intégralement liquidés par la décision du Tribunal des prud'hommes et ne sauraient, en vertu du principe de la *res judicata*, être à nouveau tranchés ici.

3. Les mesures provisionnelles requises seront examinées en premier lieu.

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. Il s'agit là de conditions cumulatives, comme cela ressort des textes allemand et italien de la loi (cf. BOHNET, op. cit., n. 3 ad art. 261 CPC).

Dans le cadre des mesures provisionnelles, le juge peut se limiter à la vraisemblance des faits et à l'examen sommaire du droit, en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles (ATF 139 III 86 consid. 4.2; 131 III 473 consid. 2.3). L'octroi de mesures provisionnelles suppose la vraisemblance du droit invoqué et des chances de succès du procès au fond, ainsi que la vraisemblance, sur la base d'éléments objectifs, qu'un danger imminent menace le droit du requérant, enfin la vraisemblance d'un préjudice difficilement réparable, ce qui implique une urgence (Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse, in FF 2006 p. 6841 ss, spéc. 6961; arrêts du Tribunal fédéral 5A_931/2014 du 1^{er} mai 2015 consid. 4; 5A_791/2008

du 10 juin 2009 consid. 3.1; BOHNET, *op. cit.*, n. 3 ss ad art. 261 CPC). La preuve est (simplement) vraisemblable lorsque le juge, en se fondant sur des éléments objectifs, a l'impression que les faits pertinents se sont produits, sans pour autant qu'il doive exclure la possibilité que les faits aient pu se dérouler autrement (ATF 139 III 86 consid. 4.2; 130 III 321 consid. 3.3 = JdT 2005 I 618).

La vraisemblance requise doit en outre porter sur un préjudice difficilement réparable, qui peut être patrimonial ou immatériel (BOHNET, *op. cit.*, n. 11 ad art. 261 CPC; HUBER, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3^{ème} éd., 2017, n. 20 ad art. 261 CPC). Cette condition vise à protéger le requérant du dommage qu'il pourrait subir s'il devait attendre jusqu'à ce qu'une décision soit rendue au fond (ATF 139 III 86 consid. 5; 116 Ia 446 consid. 2). Le requérant doit rendre vraisemblable qu'il s'expose, en raison de la durée nécessaire pour rendre une décision définitive, à un préjudice qui ne pourrait pas être entièrement supprimé même si le jugement à intervenir devait lui donner gain de cause. En d'autres termes, il s'agit d'éviter d'être mis devant un fait accompli dont le jugement ne pourrait pas complètement supprimer les effets (arrêt du Tribunal fédéral 4A_611/2011 du 3 janvier 2012 consid. 4.1).

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 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_611/2011 du 3 janvier 2012 consid. 4.1).

3.2 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.

3.2.1 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.

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, Loi

contre la concurrence déloyale, Commentaire romand, 2017, n. 28 ad art. 4 LCD et les réf. citées). L'incitation suppose une certaine intensité : la simple prise de contact avec un partenaire contractuel ne constitue pas encore une incitation (ATF 114 II 91, JT 1988 I 310). On ne peut toutefois parler de rupture de contrat au sens de cette disposition que lorsqu'un contrat est violé (ATF 133 III 431 consid. 4.5; 129 II 497 consid. 6.5.6).

3.2.2 L'art. 5 let. a LCD dispose que 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 agit de façon déloyale. Pour que cette disposition soit applicable, il faut, d'une part, que le résultat d'un travail ait été confié à l'auteur et, d'autre part, que celui-ci l'utilise contrairement aux accords passés, qu'il le détourne de la destination convenue. Le caractère déloyal de l'acte réside dans la trahison de la confiance donnée (arrêt du Tribunal fédéral 6S.684/2001 du 18 janvier 2002 consid. 1.b).

Le terme de "*résultat d'un travail*" couvre le résultat d'un travail de nature préparatoire, qui se situe en amont de l'utilisation commerciale. Peuvent constituer le résultat d'un travail des esquisses, des études ou des concepts. Un certain effort intellectuel et/ou matériel doit avoir conduit au résultat obtenu. En revanche, la loi ne réprime pas la reprise d'une simple idée confiée par un tiers qui n'en serait encore qu'à un stade embryonnaire et qui, partant, nécessite encore un long travail de mise au point (ATF 122 III 469 consid. 8b; arrêt du Tribunal fédéral 6B_672/2012 du 19 mars 2013 consid. 1.1). Une liste de clients mauvais payeurs peut faire partie d'une collection de données de clients et constituer comme celle-ci le résultat d'un travail. Même si une telle liste repose sur des connaissances de l'employé et ainsi résulte de son activité, comme tout résultat de travail, elle est juridiquement détenue par l'employeur et celui-ci doit être considéré comme le producteur de la liste. La notion de "*confié*" au sens de l'art. 5 lit. a LCD est ainsi peu heureuse. Ainsi, les données de clients sont confiées à l'employé par l'employeur au sens de l'art. 5 lit. a LCD quand elles sont accessibles dans le cadre de la relation de travail et avec l'accord de l'employeur (arrêt du Tribunal fédéral 6B_298/2013 du 16 janvier 2014 consid. 3.2.2).

3.2.3 Conformément à 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. Cette disposition qui parle de "*surprendre un secret*" exige un comportement actif de l'auteur. Ainsi, l'application de cette disposition est exclue lorsque l'accès aux informations est intervenu de manière licite (arrêt du Tribunal fédéral 6P_137/2006 du 23 novembre 2006 consid. 6.3).

3.3 En l'espèce, la requérante reproche au cité d'avoir effectué des transferts de données confidentielles, en particulier au sujet de ses clients et travailleurs

temporaires, et d'avoir violé ses obligations contractuelles. Il avait ensuite exploité à son profit et au profit de la citée les données confidentielles recueillies.

3.3.1 S'agissant des questions relevant du droit de travail, soit notamment l'application de la clause de non-concurrence convenue entre la requérante et le cité, la Cour relèvera que cette question a déjà été traitée par le Tribunal des prud'hommes et ne relève pas de l'application de la LCD, mais de celle du CO (cf. consid. **2.2** *supra*). De surcroît, et sans se prononcer sur la validité de cette clause, la Cour constate qu'elle est désormais échue.

Les arguments de la requérante à ce sujet sont donc irrecevables.

3.3.2 La requérante invoque ensuite l'application de l'art. 4 let. a LCD.

Or, il ne ressort pas de ses allégués de fait, ni de ses développements juridiques que les cités auraient tenté d'inciter l'un de leurs clients à *rompre* un contrat de manière contraire à la loi ou contraire aux dispositions du contrat, ni qu'ils s'apprêteraient à le faire.

Les conditions d'application de cette disposition ne sont pas remplies. La vraisemblance d'une mise en danger de ce droit n'est pas donnée.

3.3.3 La requérante invoque ensuite une violation de l'art. 5 let. a LCD.

Selon ses allégués, le cité aurait emporté une liste de clients et de travailleurs temporaires. Elle se réfère à ce titre à un courriel de l'une de ses collaboratrices censé servir d'attestation, dont les cités remettent en cause l'authenticité, et un sms dont on ignore qui en sont l'expéditeur et le récipiendaire.

Les preuves fournies appellent la plus grande caution, puisqu'elles proviennent, semble-t-il, de collaborateurs actuels de la requérante et n'ont donc guère plus de valeur probante que ses propres allégués. L'on s'étonne d'ailleurs que la requérante produise une copie de courriel, au contenu plutôt vague, plutôt qu'une attestation en bonne et due forme, signée par la personne intéressée. D'ailleurs, ce courriel, même si son contenu était avéré, ne contient guère d'indices concrets d'une appropriation et d'une conservation illégitimes de données de clients, puisque le simple fait de brancher un disque dur portatif peut être en lien avec l'exécution du travail et que le fait pour le cité d'avoir dit à une reprise qu'il emporterait des données de clients - déclaration dont on ignore la date et le contexte - ne signifie pas qu'il a effectivement procédé ainsi à son départ. D'ailleurs, la Cour s'étonne que la requérante ait laissé un collaborateur brancher un disque externe pendant cinq ans sans jamais prendre aucune mesure à ce titre. En résumé, les allégués de la requérante ne sont pas étayés.

Ensuite, la requérante ne démontre pas, même au stade de la vraisemblance, que le comportement des cités dénoterait une utilisation de données d'une quelconque

nature confidentielle. En effet, les clients qu'elle a désignés comme étant ceux que les cités auraient contactés sont des clients qui ont pignon sur rue et que même un laïc ignorant tout de ce marché aurait eu la présence d'esprit de considérer comme des prospects. Aucune autre circonstance n'est plaidée qui donnerait à penser que les cités jouissent d'un avantage relevant de la concurrence déloyale.

Le fait que la requérante ait tissé des liens étroits avec ses clients et que ces liens aient été mis à mal par des offres plus compétitives de la citée ne relève pas d'un comportement contraire à une concurrence licite et loyale. En effet, la LCD n'a pas pour objet de limiter le marché face à des acteurs concurrentiels usant de procédés loyaux. La concurrence - loyale - implique nécessairement que les acteurs se disputent le marché en proposant des offres meilleures et plus attractives. Ainsi, l'on ne discerne pas en quoi le fait que les cités auraient proposé des conditions plus alléchantes à des clients de la requérante serait déloyal.

Enfin, l'authenticité du courriel de la collaboratrice a été remis en cause par les cités, sans que la requérante n'apporte de preuve à cet égard (art. 178 CPC). Pour cette raison encore, il ne devrait pas être pris en compte.

Il s'ensuit que la menace d'un comportement contraire à l'art. 5 lit. a LCD n'a pas été rendue vraisemblable en l'occurrence.

3.3.4 Enfin, une contravention à l'art. 6 LCD peut d'emblée être exclue, puisque, outre que le prélèvement de données n'a pas été démontré, la requérante expose elle-même que le cité avait accès licitement à ses données au regard de sa fonction dans l'entreprise.

3.4 Il s'ensuit qu'une atteinte fondée sur la LCD n'a pas été rendue vraisemblable en l'espèce.

La requête de mesures provisionnelles sera donc rejetée.

4. Reste à traiter la requête de preuve à futur.

4.1

4.1.1 L'art. 158 al. 1 CPC prévoit que le tribunal administre les preuves en tout temps dans les hypothèses alternatives suivantes : la loi en confère le droit (let. a), la preuve à administrer est mise en danger ou un intérêt digne de protection est rendu vraisemblable (let. b).

Dans le deuxième cas de la lettre b, la preuve à futur "*hors procès*" est destinée à permettre au requérant de clarifier les chances de succès d'un procès futur, de façon à lui éviter de devoir introduire un procès dénué de toute chance. Il ne lui suffit pas d'alléguer avoir besoin d'éclaircir des circonstances de fait mais il doit rendre vraisemblable l'existence d'une prétention matérielle concrète contre sa

partie adverse, laquelle nécessite l'administration de la preuve à futur requise (ATF 142 III 40 consid. 3.1.1; 138 III 76 consid. 2.4.2).

Selon le Message du Conseil fédéral relatif au CPC du 28 juin 2006, les preuves sont administrées en principe à un stade précis du procès, qui suit celui de l'échange des allégations. Il est toutefois possible d'y procéder antérieurement, voire avant la litispendance, lorsque certaines conditions sont réalisées (constatation immédiate de défauts par exemple). Le droit matériel octroie parfois le droit à une telle administration de preuve (al. 1, let. a; voir par exemple art. 204, al. 2 et 3 CO, art. 367 al. 2 CO, art. 427 al. 1 CO, art. 59 LPM). La preuve à futur assure généralement la conservation de la preuve (al. 1 let. b; par exemple audition d'un témoin dont les jours sont comptés, inspection d'une construction présentant un risque d'effondrement). Mais elle peut servir aussi à l'évaluation des chances d'obtenir gain de cause ou d'apporter une preuve, selon certains codes cantonaux. La locution « intérêt digne de protection » se réfère à cette possibilité qui permet d'éviter des procès dénués de chance de succès (FF 2006 p. 6925).

La doctrine confirme que la *ratio legis* l'art. 158 al. 1 let. b CPC deuxième hypothèse est d'éviter l'introduction de procédures judiciaires dénuées de perspectives de succès (ZURCHER, DIKE-Kommentar ZPO, 2016, n. 12 ss ad art. 158 CPC; FELLMANN, ZPO Komm., 2016, n. 17 ad art. 158 CPC).

Le droit de faire administrer une preuve, garanti par les art. 152 CPC et 29 al. 2 Cst., doit être exercé de façon procéduralement régulière, singulièrement en temps utile; l'administration d'une preuve hors procès selon l'art. 158 CPC est une forme atypique d'administration de la preuve qui ne peut intervenir que de manière restrictive, aux conditions fixées par cette disposition (arrêt du Tribunal fédéral 5A_832/2012 du 25 janvier 2013 consid. 4.2.1).

4.1.2 Conformément à la jurisprudence, le juge ne peut pas ordonner par voie provisionnelle une mesure qui, par sa nature, implique un jugement définitif de la prétention à protéger. Il en va ainsi de la preuve à futur, qui ne peut pas être utilisée pour faire valoir une prétention en reddition de compte au sens de l'art. 400 al. 1 CO. En effet, saisi d'une requête fondée sur l'art. 158 al. 1 let. b in fine CPC, le juge examine uniquement, sous l'angle de la vraisemblance, si le requérant dispose d'un intérêt digne de protection à l'administration de la preuve requise; il ne rend pas un jugement définitif sur un droit matériel (cf. ATF 140 III 12 consid. 3.3.3; ATF 141 III 241 consid. 3.3.1 et 4.2.3), après un examen complet en fait et en droit (ATF 141 III 564 consid. 4.2.2).

Dans une jurisprudence plus ancienne et non publiée, le Tribunal fédéral avait pourtant considéré que des mesures provisionnelles qui pouvaient assurer la même protection que la mesure au fond étaient admissibles. Il s'agissait dans ce cas de la restitution de données prélevées par un ancien employé, lequel admettait les avoir

en sa possession. La requête était fondée sur l'art. 339a CO. Le Tribunal fédéral avait ainsi retenu que, en cours de contrat, le devoir de fidélité du travailleur (art. 321a CO) s'opposait à ce que celui-ci détourne la clientèle de son employeur au profit d'une autre entreprise; ce même devoir de fidélité fondait l'obligation de restitution de l'art. 321b CO; il n'était ainsi pas insoutenable de considérer qu'à l'issue des relations contractuelles, le devoir de restitution de l'art. 339a CO s'étend aux copies de documents afin notamment de prévenir un risque de détournement de la clientèle de l'entreprise. Une telle prétention pouvait exister indépendamment de l'éventuel droit d'interdire à l'ex-employé d'exercer une activité concurrente (cf. art. 340b al. 3 CO). Quant à l'indemnisation que l'employeur pourrait cas échéant toucher pour le dommage causé par l'exercice d'une telle activité, elle n'excluait pas que l'employeur s'expose à un préjudice difficilement mesurable et donc difficilement réparable, dans la mesure où son ex-employé détiendrait des documents d'affaires propres à entraîner un détournement de sa clientèle (arrêt du Tribunal fédéral 4A_611/2011 du 3 janvier 2012 consid. 4.3). En l'occurrence, la mesure n'était pas irréversible, car la situation n'était en effet pas comparable à une prohibition de faire concurrence (ATF 131 III 473 précité consid. 2.3) ou à une expulsion de locataire (ATF 104 II 216 consid. 2b); rien ne s'opposait à ce que les documents visés soient restitués à l'ex-employé dans une procédure au fond lui donnant gain de cause (arrêt du Tribunal fédéral 4A_611/2011 du 3 janvier 2012 consid. 4.5).

4.2 En l'espèce, la requérante demande, à titre de preuve à futur, la production en mains d'huissier ou de la Cour des supports informatiques utilisés selon elle pour le transfert de données lui appartenant ou tous autres supports contenant ces données.

Il ressort cependant des considérants développés *supra* (cf. consid. 3.) que la requérante n'a pas rendu vraisemblable que le cité aurait emporté avec lui des données sensibles qui lui appartiendraient.

En effet, il n'existe pas même un début de preuve concret et recevable tendant à démontrer que le cité aurait prélevé de quelconques données informatiques à son ancien employeur.

Ensuite, même à suivre celui-ci, l'on ne discerne pas en quoi les données qui auraient pu être emportées auraient un quelconque caractère confidentiel, puisqu'il s'agirait principalement de références à des clients institutionnels importants et notoirement connus du public.

Il s'ensuit que la requête de preuve à futur tendrait à apporter des moyens de preuve qui, par une appréciation anticipée des preuves, ne sont pas de nature à favoriser les prétentions de la requérante.

De surcroît, la requérante ne sachant en réalité, et ainsi qu'elle l'expose, pas précisément elle-même quelles données ont été apportées, sa requête revêt un caractère exploratoire qui ne peut pas être cautionné.

Enfin, l'on relèvera que l'urgence à protéger ce moyen de preuve n'est pas donnée, puisque le cité a quitté le service de la requérante il y a plus d'une année et les risques que les moyens de preuve aient subi des altérations ont déjà pu se réaliser.

L'intérêt de la requérante à obtenir la production demandée n'est ainsi pas rendu vraisemblable.

En outre, la remise des données informatiques à titre de preuve à futur se confond avec la possibilité de les obtenir par le biais d'une action en restitution fondée sur l'art. 339a CO. Si certes dans une jurisprudence plus ancienne et non publiée, le Tribunal fédéral avait reconnu la possibilité d'ordonner la production à titre provisionnel de données susceptibles de restitution au sens de l'art. 339a CO, la jurisprudence postérieure et publiée n'autorise plus l'exécution anticipée par la voie provisionnelle de prétentions de droit matériel. Ainsi, pour cette raison encore, la requête ne saurait être admise.

Enfin, il appert, en lien avec ce qui précède, que la remise des données serait fondée sur une disposition relevant du droit du travail et, donc, de la compétence des juridictions prud'homales. Or, la requérante n'a pas fait valoir cette requête devant le juge compétent.

La requérante sera donc déboutée de sa requête de preuve à futur.

5. 5.1

5.1.1 Les frais judiciaires sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

5.1.2 Les frais judiciaires, comprenant le frais de la décision sur mesures superprovisionnelles, arrêtés à 2'500 fr. (art. 26 RTFMC), seront donc mis à la charge de la requérante, qui succombe pour l'essentiel, et entièrement compensés avec l'avance de frais qu'elle a versée et qui demeure acquise à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC).

5.2 Les dépens seront arrêtés à 3'500 fr., débours et TVA comprise (art. 84, 85 al. 2, 87 et 88 RTFMC). La requérante sera condamnée à verser ce montant aux cités, qui comparaissent par le même conseil, pris conjointement et solidairement.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :**

A la forme :

Déclare recevable la requête de mesures provisionnelles et preuve à futur formée le 17 décembre 2019 par A_____ SA.

Au fond :

La rejette.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais de la procédure à 2'500 fr., les met à la charge de A_____ SA et les compense avec l'avance qu'elle a versée et qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Condamne A_____ SA à verser un montant unique de 3'500 fr. à titre de dépens, débours et TVA inclus, à B_____ et à C_____ SA.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Mesdames Pauline ERARD et Paola CAMPOMAGNANI, juges; Madame Christel HENZELIN, greffière.

Le président :

Cédric-Laurent MICHEL

La greffière :

Christel HENZELIN

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.