



POUVOIR JUDICIAIRE

C/13840/2019

ACJC/141/2020

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU MARDI 21 JANVIER 2020**

Entre

A _____ SA, sise _____, _____ (GE), appelante d'une ordonnance rendue par la 25^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 15 octobre 2019, comparant par Me James Bouzaglo, avocat, place du Molard 3, 1204 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

- 1) Monsieur B _____, domicilié _____, Genève,
- 2) C _____ SA, sise c/o D _____ SARL, _____, Genève,

intimés, comparant tous deux par Me Vincent Tattini et Me Ingrid Cueva Molnar, avocats, route de Malagnou 6, case postale 441, 1211 Genève 12, en l'étude desquels ils font élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 05.02.2020.

EN FAIT

A. a. Par ordonnance OTPI/663/2019 du 15 octobre 2019, notifiée à A_____ SA le 18 octobre 2019, le Tribunal de première instance, statuant sur mesures provisionnelles, a déclaré irrecevable la requête formée le 20 juin 2019 par A_____ SA (chiffre 1 du dispositif), révoqué par conséquent l'ordonnance de mesures superprovisionnelles du 21 juin 2019 (ch. 2), arrêté le montant des frais judiciaires à 3'000 fr., mis à la charge de A_____ SA et compensés avec l'avance versée par cette dernière (ch. 3), condamné A_____ SA à payer à B_____ et C_____ SA, pris solidairement entre eux, le montant de 2'680 fr. à titre de dépens (ch. 4) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 5).

b. Par acte déposé le 28 octobre 2019 au greffe de la Cour de justice, A_____ SA appelle de l'ordonnance précitée, dont elle sollicite l'annulation. Elle conclut principalement à la confirmation de l'ordonnance sur mesures superprovisionnelles rendue par le Tribunal le 21 juin 2019 dans la présente cause et au prononcé des mesures provisionnelles requises dans sa requête du 20 juin 2019 (cf. *infra* let. C.a).

Elle conclut, à titre subsidiaire, à l'annulation de l'ordonnance querellée, au renvoi de la cause au Tribunal pour instruction complémentaire et nouvelle décision dans le sens des considérants, et au déboutement de B_____ et C_____ SA de toutes autres conclusions, avec suite de frais et dépens.

Elle a sollicité, à titre préalable, la suspension du caractère exécutoire du chiffre 2 de l'ordonnance entreprise.

Elle a déposé un chargé de pièces contenant des actes de la procédure devant le Tribunal ainsi que des procès-verbaux d'audiences de conciliation s'étant déroulées dans le cadre d'autres procédures l'opposant à B_____ et C_____ SA (cf. *infra* let. E).

c. B_____ et C_____ SA se sont opposés à l'octroi de l'effet suspensif.

d. Par arrêt du 5 novembre 2019, la Cour a admis la requête de A_____ SA tendant à suspendre l'effet exécutoire attaché au chiffre 2 du dispositif de l'ordonnance OTPI/663/2019 du 15 octobre 2019 en ce sens que l'ordonnance de mesures superprovisionnelles du 21 juin 2019 devait rester en vigueur jusqu'à droit jugé sur l'appel formé par A_____ SA et dit qu'il serait statué sur les frais liés à cette décision dans l'arrêt au fond.

e. Par réponse du 11 novembre 2019, B_____ et C_____ SA ont conclu au déboutement de A_____ SA de toutes ses conclusions et à la confirmation de l'ordonnance entreprise, avec suite de frais et dépens.

Ils ont déposé un chargé de pièces comportant des actes d'une autre procédure les opposant à A_____ SA, des correspondances échangées avec cette dernière ainsi qu'un extrait du site internet www.E_____.com daté du 5 novembre 2019.

f. Les parties ont renoncé à répliquer et dupliquer.

g. Elles ont été informées le 9 décembre 2019 de ce que la cause était gardée à juger.

B. Les faits pertinents suivants résultent du dossier soumis à la Cour :

a. A_____ SA est une société inscrite au Registre du commerce de Genève depuis le _____ 2017, qui a pour but la conception, production, réalisation, diffusion, distribution, exploitation, importation et exportation d'œuvres audiovisuelles, littéraires et musicales quel qu'en soit le support, de produits de divertissement et multimédia de produits dérivés, ainsi que le développement et la commercialisation de software en lien avec son but.

F_____ en est l'administratrice avec signature individuelle.

b. B_____ est l'un des fondateurs et ancien actionnaire de A_____ SA.

c. C_____ SA est une société inscrite au Registre du commerce de Genève depuis le _____ 2015, dont la raison sociale était, jusqu'au 8 juillet 2019, A_____ SA. Elle a pour but la production, réalisation, diffusion, exploitation, importation et exportation de toutes œuvres audiovisuelles, littéraires et musicales quel qu'en soit le support, ainsi que tous produits de divertissement, développement et commercialisation de software en lien avec son but.

B_____ en est l'administrateur et l'actionnaire unique.

d. Le 19 mars 2018, A_____ SA et B_____ ont signé un contrat de travail à teneur duquel le précité était engagé en qualité de directeur artistique, pour une durée indéterminée, à partir du 1^{er} novembre 2017, pour un salaire mensuel brut de 12'000 fr., versé douze fois l'an, sans compensation pour les heures supplémentaires.

e. Ce contrat contenait notamment les clauses suivantes :

Propriété intellectuelle

Tous les droits de propriété intellectuelle afférents à toutes les créations et tous les travaux exécutés en tout ou en partie par le collaborateur dans l'exercice de ses obligations professionnelles deviennent intégrale et exclusive propriété de l'entreprise.

Ces droits de propriété intellectuelle comprennent en particulier, mais sans s'y limiter :

- Les droits d'auteur.*
- Les droits d'exploitation intégrale des projets sur tous supports.*
- Les droits de production.*
- Les droits éditoriaux, soit les droits de reproduction mécanique (disques, DVD, téléchargements, jeux-vidéo, e-books, magazines, etc.).*
- Les droits d'exploitation publique, notamment via la radio, la scène, la télévision, le streaming, etc.*
- Les droits d'exploitation des attributs des projets, soit le nom, l'image, les personnages, etc.*
- Les droits sur les éventuels noms de domaine, sites internet correspondant ainsi que sur d'éventuels marques, brevets, designs ou tout autre droit de cette nature.*

Les alinéas qui précèdent s'appliquent en particulier mais non limitativement aux productions écrites, littéraires, illustrations, graphiques, visuelles, musicales, audio, aux programmes informatiques, aux produits et méthodes de production, ceci quels qu'en soient les supports, physiques, numériques ou de quelque nature que ce soit.

Le collaborateur n'est pas autorisé à copier les créations et/ou les travaux auxquels/les il a contribué sans autorisation expresse de l'entreprise.

Confidentialité

Pendant la durée de son contrat de travail et après la fin de celui-ci, le collaborateur s'engage à garder le silence sur les opérations et notamment sur les secrets d'affaires et d'exploitation de l'entreprise dont il aurait pu avoir connaissance dans le cadre de ses activités.

La disposition qui précède constitue une condition impérative du présent contrat. Toute violation de cette disposition sera considérée comme un juste motif de résiliation immédiate et donnera lieu de surcroît à une peine conventionnelle d'un

montant de Frs. 10'000.- en faveur de l'entreprise, ainsi qu'à des dommages et intérêts à hauteur du préjudice subi par l'entreprise du fait de l'indiscrétion du collaborateur.

Non-concurrence

Pendant la durée du présent contrat de travail, l'employeur pourra exiger du collaborateur que celui-ci s'abstienne de lui faire concurrence de quelque manière que ce soit, directement ou indirectement, notamment d'exploiter pour son propre compte une entreprise concurrente, d'y travailler ou d'y prendre une participation.

Les domaines visés au premier alinéa sont les suivants :

- activité en lien avec la Réalité Virtuelle*
- activité en lien avec la Réalité Augmentée*
- production audiovisuelle*

Cette clause de non-concurrence s'étendra à tout le territoire de la Suisse et de la France voisine.

Toute violation de cette clause par le collaborateur entraînera le paiement par celui-ci d'une pénalité de Frs. 100'000.-, sous réserve de la réparation du dommage qui excéderait cette somme, ainsi que l'abandon immédiat de l'emploi et/ou de l'activité incriminée.

f. Par courriel du 20 mars 2018, A_____ SA a transmis à B_____, un contrat intitulé "mandat" lui indiquant que ledit contrat remplaçait son contrat de travail à compter du 1^{er} avril 2018.

g. A teneur de ce contrat, conclu entre A_____ SA et C_____ SA, celle-ci s'engageait à mettre à disposition de A_____ SA, à compter du 1^{er} avril 2018, B_____, en qualité de directeur artistique, à plein temps, à raison de 40 heures par semaine.

Le montant des honoraires bruts était fixé à 13'800 fr., versés douze fois l'an.

Ce contrat contenait des clauses de propriété intellectuelle, de confidentialité et de non-concurrence identiques à celles du contrat de travail.

Il contenait également une clause d'exécution personnelle à teneur de laquelle "*le mandataire s'engage[ait] à ce que le collaborateur désigné ci-dessus exécute personnellement le présent mandat*".

h. A_____ SA n'a pas payé à C_____ SA les honoraires convenus dans le contrat du 20 mars 2018, mais a continué de verser directement sur le compte bancaire de B_____ des montants qu'elle a qualifiés d'acomptes salaire.

i. Le 29 octobre 2018, A_____ SA et C_____ SA ont signé un avenant n° 1 au contrat de mandat à teneur duquel, d'accord entre les parties, le taux de mise à disposition du collaborateur B_____ était réduit à 40% dès le 1^{er} novembre 2018, soit 16 heures de travail hebdomadaire, et les honoraires mensuels diminués à 5'520 fr.

j. Par courrier du 8 janvier 2019 adressé à C_____ SA, A_____ SA a résilié le contrat de mandat pour le 8 mars 2019, soit à l'échéance du délai contractuel de deux mois.

Elle a invité C_____ SA à lui adresser sur un support approprié l'intégralité des documents, visuels, productions, textes, etc., sous quelque forme que ce soit, que B_____ avait réalisés pendant la durée du mandat, même si certains d'entre eux devaient être inachevés. Elle lui a également rappelé que les dispositions du contrat en matière de propriété intellectuelle, de confidentialité, de non-concurrence et de non-démarchage perduraient après la fin des rapports contractuels.

k. Par courriel du même jour, F_____ a informé B_____ de la résiliation du contrat qui liait A_____ SA à C_____ SA pour les prestations qu'il fournissait en tant que directeur artistique.

l. B_____ a répondu qu'il comprenait la situation et restait à la disposition de A_____ SA.

m. Depuis le 1^{er} novembre 2017, les activités de A_____ SA ont porté sur la production d'un jeu de _____ en réalité virtuelle, appelé G_____.

n. A_____ SA a allégué que l'idée du jeu provenait de B_____ mais que les démarches et activités en lien avec la conception et le développement du software et du hardware avaient été menées par ses employés.

o. Elle a établi un business plan au mois de décembre 2018 dont il ressort que les coûts de développement et d'exploitation du jeu s'élèvent à 2'074'000 fr. pour l'exercice 2018, financés par des emprunts privés, et que les coûts pour l'exercice 2019 sont estimés à 2'112'000 fr. La rentabilité projetée s'élève à 4'500'000 fr. par an à partir de 2020.

p. A_____ SA a fait enregistrer auprès du Bureau de l'Organisation internationale de la propriété intellectuelle, dans le registre international des

dessins et modèles industriels, le design de la poignée de table de G_____, le 31 juillet 2018.

q. Elle a allégué avoir appris, au début du mois de mai 2019, que B_____, directement ou par l'entremise de C_____ SA, était en train de développer un jeu de _____ en réalité virtuelle ainsi qu'un site internet www.E_____.com dédié à son produit, lequel correspondrait au produit de A_____ SA, sur lequel B_____ avait travaillé et prétendait avoir des droits.

r. Elle a également allégué qu'elle exploitait le nom de domaine www.G_____.com dans le cadre de la commercialisation de son produit, lequel avait été enregistré à sa demande auprès de H_____ SA, le 29 novembre 2017, par B_____. Elle avait payé les frais d'enregistrement de ce nom de domaine et s'acquittait des frais de gestion qui lui étaient directement facturés. A réception d'un courriel de H_____ SA du 6 juin 2019, elle avait cependant appris que B_____ avait enregistré le nom de domaine susmentionné à son propre nom et avait demandé à le récupérer.

s. Par courriel du 18 juin 2019, H_____ SA a informé A_____ SA que dès lors que le nom de domaine www.G_____.com était enregistré sous le nom de B_____, elle était dans l'obligation de le transmettre à son propriétaire.

C. a. Le 20 juin 2019, A_____ SA a déposé auprès du Tribunal de première instance une action en constatation, en interdiction et en cessation du trouble ainsi qu'en dommages-intérêts, assortie de mesures superprovisionnelles et provisionnelles, dirigée à l'encontre de B_____ et de C_____ SA, et dont la valeur litigieuse était provisoirement estimée à 100'000 fr.

Sur mesures superprovisionnelles, elle a conclu à ce que le Tribunal ordonne à B_____ de suspendre sa demande de récupération du domaine www.G_____.com adressée à la société H_____ SA, jusqu'à droit connu sur le fond, dès le prononcé du Tribunal, sous la menace de la peine prévue à l'article 292 CP.

Sur mesures provisionnelles, elle a conclu à ce que le Tribunal:

- Ordonne à B_____ de cesser toute activité et démarche en lien avec la conception, le développement et/ou la commercialisation d'un jeu de _____ en réalité virtuelle auprès de C_____ SA ou de toute autre société, jusqu'à droit connu sur le fond, dès le prononcé du Tribunal.

- Ordonne à C_____ SA de cesser toute activité et démarche en lien avec la conception, le développement et/ou la commercialisation d'un jeu de _____ en réalité virtuelle, jusqu'à droit connu sur le fond, dès le prononcé du Tribunal.

- Ordonne à B_____ de retirer le site internet www.E_____.com ainsi que toute autre publication, communication et/ou donnée directement ou indirectement relative au jeu G_____ développé par A_____ SA ou tout autre jeu de _____ en réalité virtuelle utilisant un logiciel (software) et/ou un matériel (hardware) similaire(s), jusqu'à droit connu sur le fond, dès le prononcé du Tribunal.

- Ordonne à C_____ SA de retirer le site internet www.E_____.com ainsi que toute autre publication, communication et/ou donnée directement ou indirectement relative au jeu G_____ développé par A_____ SA ou tout autre jeu de _____ en réalité virtuelle utilisant un logiciel (software) et/ou un matériel (hardware) similaire(s), jusqu'à droit connu sur le fond, dès le prononcé du Tribunal.

- Fasse interdiction à B_____ de publier, communiquer ou diffuser, dans toutes ses publications imprimées ou électroniques, personnelles ou professionnelles, toute publication, information et/ou donnée directement ou indirectement relative au jeu G_____ développé par A_____ SA ou tout autre jeu de _____ en réalité virtuelle utilisant un logiciel (software) et/ou matériel (hardware) similaire(s), jusqu'à droit connu sur le fond.

- Fasse interdiction à C_____ SA de publier, communiquer ou diffuser, dans toutes ses publications imprimées ou électroniques, toute publication, information et/ou donnée directement ou indirectement relative au jeu G_____ développé par A_____ SA ou tout autre jeu de _____ en réalité virtuelle utilisant un logiciel (software) et/ou matériel (hardware) similaire(s), jusqu'à droit connu sur le fond.

- Confirme l'ordonnance sur mesures provisionnelles (sic) ou ordonne à nouveau à B_____ de suspendre sa demande de récupération du domaine www.G_____.com adressée à la société H_____ SA, jusqu'à droit connu sur le fond, dès le prononcé du Tribunal.

- Assortisse la décision de la menace de la peine prévue à l'article 292 CP, qui réprime l'insoumission à une décision de l'autorité (art. 343 al. 1 let. a CPC).

- Dise que faute d'exécution dans les cinq jours ouvrables dès l'entrée en force de la décision, B_____ et C_____ SA seront conjointement et solidairement condamnés à une amende d'ordre d'un montant à dire de justice pour chaque jour d'inexécution (art. 343 al. 1 CPC).

- Dispense A_____ SA de fournir des sûretés (art. 264 al. 1 CPC).

Elle a en allégué avoir employé B_____ en qualité de directeur artistique du 1^{er} novembre 2017 au 31 mars 2018. Celui-ci avait demandé qu'il soit mis fin à son contrat de travail à cette date. Il avait ensuite continué son engagement auprès de

A_____ SA en qualité de directeur artistique, en tant que prestataire mis à disposition par C_____ SA sur la base d'un contrat de mandat.

b. Par ordonnance du 21 juin 2019, le Tribunal, statuant sur mesures superprovisionnelles, a ordonné à B_____ de suspendre sa demande de récupération du domaine www.G_____.com adressée à la société H_____ SA, jusqu'à droit connu sur le fond, sous la menace de la peine prévue à l'article 292 CP, et a rejeté la requête pour le surplus.

c. Le 17 juillet 2019, B_____ a déposé à l'encontre de A_____ SA, par-devant le Tribunal des prud'hommes, une requête de conciliation dans laquelle il concluait à ce que le Tribunal constate que le contrat de mandat signé le 20 mars 2018 entre A_____ SA et C_____ SA est un contrat de travail et condamne A_____ SA à lui payer un montant total de 104'767 fr. 94, sous déduction des charges légales et conventionnelles.

Cette requête a été enregistrée sous le numéro de cause C/1_____/2019.

d. Par réponse du 18 juillet 2019, B_____ et C_____ SA ont conclu à ce que le Tribunal déclare irrecevable la demande formée par A_____ SA, constate que l'ordonnance rendue sur mesures superprovisionnelles est nulle et dépourvue d'effet et raye la cause du rôle.

A titre subsidiaire, ils ont sollicité la suspension de la procédure jusqu'à droit connu sur la procédure initiée le 17 juillet 2019 par B_____ devant le Tribunal des prud'hommes.

Ils ont allégué que le remplacement du contrat de travail signé entre B_____ et A_____ SA par un contrat de mandat entre C_____ SA et A_____ SA n'avait en rien modifié l'activité de B_____. Ce dernier était resté intégré dans la structure de son employeur et subordonné à celui-ci.

Ils ont notamment produit un extrait du compte bancaire de B_____ du 1^{er} novembre 2017 au 3 avril 2019, dont il ressort que A_____ SA lui a régulièrement versé des montants intitulés "acompte salaire" jusqu'à la fin des rapports contractuels.

e. Le Tribunal a tenu une audience le 29 juillet 2019, lors de laquelle les parties ont plaidé et persisté dans leurs conclusions.

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

D. Aux termes de l'ordonnance entreprise, le Tribunal a retenu que A_____ SA fondait ses prétentions à l'encontre de B_____ et de C_____ SA sur la violation du contrat de mandat conclu le 20 mars 2018, ainsi que sur les dispositions de la loi contre la concurrence déloyale (LCD) et de la loi sur le droit d'auteur (LDA).

Le contrat de travail signé entre A_____ SA et B_____ le 19 mars 2018 et le contrat de mandat conclu le lendemain entre A_____ SA et C_____ SA étaient toutefois similaires. La signature du contrat de mandat n'avait en outre eu aucune incidence sur le travail effectué par B_____ pour le compte de A_____ SA. Ces éléments conduisaient à retenir que ce contrat constituait en réalité un contrat de travail. En tant qu'il opposait A_____ SA à B_____, le litige était par conséquent du ressort de la juridiction des prud'hommes, seule compétente pour connaître des actions fondées sur le droit du travail. A_____ SA n'étant, au vu de ce qui précède, liée par aucun contrat avec C_____ SA, les prétentions qu'elle faisait valoir à l'encontre de cette dernière se fondaient en outre sur les règles de la concurrence déloyale et de la propriété intellectuelle. En tant qu'il opposait A_____ SA à C_____ SA, le litige était dès lors du ressort de la Cour de justice, compétente en matière de LCD et de propriété intellectuelle. La requête de mesures provisionnelles déposée par A_____ SA était par conséquent irrecevable.

E. a. A teneur des pièces produites par les parties devant la Cour, le Tribunal de première instance a tenu une audience de conciliation le 30 septembre 2019 dans le cadre de la procédure au fond opposant A_____ SA à B_____ et C_____ SA (C/2_____/2019).

b. Une audience de conciliation a également eu lieu le 22 août 2019 devant l'Autorité de conciliation des prud'hommes dans le cadre de la procédure C/1_____/2019 opposant B_____ à A_____ SA.

A l'issue de cette audience, l'autorisation de procéder a été délivrée à B_____.

Ce dernier a introduit sa demande en paiement au fond au Tribunal des prud'hommes le 11 novembre 2019.

EN DROIT

1. 1.1 L'appel est recevable pour avoir été interjeté auprès de l'autorité compétente (art. 120 al. 1 let. a LOJ), selon la forme prescrite par la loi (art. 130, 131 et 311 CPC) et dans le délai utile de 10 jours (art. 142 al. 1, 248 let. d et 314 al. 1 CPC), à l'encontre d'une décision sur mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC) relative à une affaire patrimoniale dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 91 al. 2, 308 al. 2 CPC).

Il en va de même de la réponse des intimés, déposée dans la forme et le délai prescrits (art. 312 al. 1 et 314 al. 1 CPC).

1.2 B_____ sera désigné ci-après comme l'intimé 1 et C_____ SA comme l'intimée 2.

2. La Cour revoit le fond du litige avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC) et applique le droit d'office (art. 57 CPC). Conformément à l'art. 311 al. 1 CPC, elle le fait cependant uniquement sur les points du jugement que l'appelant estime entachés d'erreurs et qui ont fait l'objet d'une motivation suffisante - et, partant, recevable -, pour violation du droit (art. 310 let. a CPC) ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 let. b CPC). Hormis les cas de vices manifestes, elle doit en principe se limiter à statuer sur les critiques formulées dans la motivation écrite contre la décision de première instance (ATF 142 III 413 consid. 2.2.4; arrêt du Tribunal fédéral 5A_111/2016 du 6 septembre 2016 consid. 5.3).

Les mesures provisionnelles étant soumises à la procédure sommaire (art. 248 let. d), la cognition de la Cour est toutefois limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit, l'exigence de célérité étant privilégiée par rapport à celle de sécurité (ATF 127 III 414 consid. 2b/bb, JdT 2002 I 352; arrêt du Tribunal fédéral 5A_12/2013 du 8 mars 2013 consid. 2.2; HOHL, Procédure civile, tome II, 2^{ème} éd. 2010, n. 1556 ss).

3. Les parties ont allégué des faits nouveaux et déposé des pièces nouvelles dans le cadre de la procédure d'appel.

3.1 Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuve nouveaux ne sont pris en considération en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de diligence (let. b).

Il faut distinguer les "vrais nova" des "pseudo nova". Les "vrais nova" sont des faits et moyens de preuve qui ne sont survenus qu'après la fin des débats principaux, soit après la clôture des plaidoiries finales (cf. ATF 138 III 788 consid. 4.2; TAPPY, in Code de procédure civile commenté, Commentaire romand, 2^{ème} éd. 2019, n. 11 ad art. 229 CPC). En appel, ils sont en principe toujours admissibles, pourvu qu'ils soient invoqués sans retard dès leur découverte (ATF 143 III 42 consid. 4.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_1006/2017 du 5 février 2018 consid. 3.3).

3.2

3.2.1 En l'espèce, l'appelante a produit, en marge de son appel, une copie des écritures déposées par les parties dans le cadre de la procédure de première instance, des ordonnances rendues par le Tribunal et du procès-verbal de l'audience du 29 juillet 2019. Ces pièces figurent d'ores et déjà au dossier du Tribunal, de sorte qu'elles font partie de la procédure.

L'appelante a également versé à la procédure une copie des procès-verbaux des audiences de conciliation tenues devant le Tribunal de première instance le 30 septembre 2019 dans le cadre de la procédure C/2_____/2019, ainsi que devant l'Autorité de conciliation des prud'hommes le 22 août 2019 dans le cadre de la procédure C/1_____/2019. Ces pièces étant postérieures à l'audience du 29 juillet 2019, lors de laquelle la cause a été gardée à juger, elles sont recevables, indépendamment de leur pertinence pour l'issue du présent litige.

3.2.2 Les intimés ont produit une copie du courrier envoyé par l'appelante le 31 octobre 2019 au Tribunal de première instance dans le cadre de la procédure C/2_____/2019, de l'autorisation de procéder qui leur a été délivrée le 22 août 2019 par l'Autorité de conciliation des prud'hommes dans le cadre de la procédure C/1_____/2019 et de la demande en paiement déposée par leurs soins le 11 novembre 2019 devant le Tribunal des prud'hommes dans le cadre de ladite procédure. Ils ont également produit une copie des correspondances échangées avec l'appelante en date des 18 et 29 octobre 2019 ainsi qu'un extrait du site internet www.E_____.com tel qu'il se présente en date du 5 novembre 2019. Ces pièces étant toutes postérieures à l'audience du 29 juillet 2019, elles sont également recevables, indépendamment de leur pertinence pour l'issue du présent litige.

4. L'appelante reproche au Tribunal de s'être déclaré incompétent *ratione materiae* au motif que les parties auraient été liées par un contrat de travail et non de mandat, et ce alors que sa thèse ne pouvait être réfutée immédiatement et sans équivoque à ce stade de la procédure. La qualification du contrat constituait en outre un fait de double pertinence, pertinent tant sous l'angle de la compétence que pour trancher le fond du litige. Le Tribunal ne pouvait dès lors pas statuer sur ce point dans le cadre d'une ordonnance de mesures provisionnelles. Elle fait également grief au premier juge d'avoir tranché cette question en se fondant uniquement sur les écritures des parties et en n'entendant que brièvement celles-ci lors de l'audience du 29 juillet 2019. Le Tribunal avait dès lors violé le droit d'être entendue, le droit à un procès équitable et le droit à la preuve de l'appelante.

Les intimés soutiennent quant à eux que selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la question de savoir s'il existait ou non un contrat de travail entre les parties constituait un litige relevant du droit du travail, indépendamment de la réponse *in fine* apportée à cette question. Il s'ensuivait que la question même

du tribunal compétent *ratione materiae* était un litige relevant du droit du travail et, par voie de conséquence, de la compétence du Tribunal des prud'hommes. Les allégués de l'appelante relatifs à l'existence d'un contrat de mandat avaient en outre été réfutés immédiatement par leur réponse et les pièces produites. C'était dès lors à juste titre que le Tribunal s'était déclaré incompétent pour connaître du litige.

4.1 Le Tribunal examine d'office si les conditions de recevabilité sont remplies (art. 60 CPC). Il n'entre en matière que sur les demandes et les requêtes qui satisfont aux conditions de recevabilité de l'action (art. 59 al. 1 CPC). Parmi celles-ci figure la compétence matérielle du tribunal saisi (art. 59 al. 2 let. b CPC).

4.1.1 Le droit cantonal détermine la compétence matérielle et fonctionnelle des tribunaux, sauf disposition contraire de la loi (art. 4 al. 1 CPC).

Dans le canton de Genève, les litiges découlant d'un contrat de travail, au sens du titre dixième du code des obligations, sont jugés par le Tribunal des prud'hommes (art. 1 al. 1 de la loi sur le Tribunal des prud'hommes du 11 février 2010 (E 3 10; ci-après : LTPH). Ce Tribunal est notamment compétent pour statuer sur les mesures provisionnelles (art. 15 al. 1 LTPH).

La Cour de justice est compétente pour statuer en instance cantonale unique sur les litiges portant sur des droits de propriété intellectuelle ainsi que sur les litiges 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). Elle est également compétente pour statuer sur les mesures provisionnelles requises avant litispendance (art. 5 al. 2 CPC).

Le Tribunal de première instance est compétent pour tous les actes de la juridiction civile contentieuse et non contentieuse que la loi n'attribue pas à une autre autorité judiciaire ou administrative (art. 86 al. 1 LOJ). Il est également compétent pour ordonner des mesures provisionnelles dans ce cadre (art. 13 let. a CPC).

4.1.2 Lorsqu'il doit statuer d'entrée de cause sur sa compétence (art. 59 al. 2 let. b CPC), le tribunal doit tout d'abord examiner si le ou les faits pertinents de la/des disposition(s) légale(s) applicable(s), en l'occurrence les art. 1 al. 1 LTPH et art. 5 al. 1 let. d CPC, sont des faits simples ou des faits doublement pertinents; les exigences de preuve sont en effet différentes pour les uns et pour les autres (sur l'ensemble de la question : ATF 141 III 294 consid. 5.2 et 5.3; 137 III 32 consid. 2).

Les faits sont doublement pertinents lorsque les faits déterminants pour la compétence du tribunal sont également ceux qui sont déterminants pour le bien-fondé de l'action. Lorsqu'un canton institue une juridiction spécialisée pour

connaître des litiges découlant d'un contrat de travail, ledit contrat constitue un fait doublement pertinent (ATF 137 III 32 consid. 2.3; arrêt du Tribunal fédéral 4A_484/2018 du 10 décembre 2019 consid. 5.2). Il en va de même de l'existence d'un acte de concurrence déloyale, ce fait étant pertinent tant pour déterminer si le litige relève de la compétence de la Cour de justice que pour statuer au fond (ACJC/1304/2012 du 14 septembre 2012 consid. 2.2).

En présence de tels faits, la jurisprudence prescrit en principe le procédé suivant :

- le juge saisi examine sa compétence sur la seule base des allégués, moyens et conclusions de la demande, sans tenir compte des contestations du défendeur et sans procéder à aucune administration de preuves. Les faits allégués (censés établis) doivent être concluants, c'est-à-dire permettre juridiquement d'en déduire la compétence matérielle invoquée par le demandeur. Si la qualification du rapport contractuel pose une question délicate de délimitation, celle-ci devra être élucidée lors de l'examen du bien-fondé de la prétention au fond, en même temps que celle de savoir si un contrat a réellement été passé.

- Si, en fonction de l'examen restreint aux éléments précités, le juge arrive à la conclusion qu'il n'est pas compétent, il doit rendre une décision d'irrecevabilité.

- En revanche, s'il admet sa compétence au regard des allégations du demandeur, le juge procède alors à l'administration des preuves puis à l'examen du bien-fondé de la prétention au fond. S'il conclut finalement que le fait doublement pertinent censé fonder sa compétence n'est pas réalisé, il doit rejeter la demande par une décision sur le fond, revêtue de l'autorité de chose jugée. Ainsi, le tribunal des prud'hommes doit par exemple rejeter la demande si, en examinant le fond, il constate finalement l'inexistence d'un contrat de travail (arrêt du Tribunal fédéral 4A_484/2018 précité consid. 5.2 et les arrêts cités). La conséquence d'une telle décision est que le demandeur ne pourra plus réintroduire sa demande devant le tribunal compétent (ATF 141 III 294 consid. 5.2).

Le juge peut cependant faire exception à l'application de la théorie de la double pertinence lorsque les allégués sont manifestement faux, que la thèse de la demande apparaît d'emblée spécieuse ou incohérente, ou qu'elle se trouve réfutée immédiatement et sans équivoque par la réponse et les documents de la partie défenderesse (arrêt du Tribunal fédéral 4A_484/2018 précité, *ibidem* et les arrêts cités). Dans une telle hypothèse, le tribunal doit se déclarer incompétent *ratione materiae* ou *loci* et déclarer la demande irrecevable d'entrée de cause, sans appliquer le renvoi au fond tel qu'il est prévu dans le cadre de la théorie des faits de double pertinence (FULD, Les faits de double pertinence en général et en droit du travail, in Panorama II en droit du travail, 2012, p. 851).

4.1.3 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). Les éléments caractéristiques de ce contrat sont une prestation de travail, un rapport de subordination, un élément de durée et une rémunération (arrêt du Tribunal fédéral 4A_592/2016 du 16 mars 2017 consid. 2.1 et les arrêts cités).

Le contrat de travail se distingue avant tout des autres contrats de prestation de services, en particulier du mandat, par l'existence d'un lien de subordination, qui place le travailleur dans la dépendance de l'employeur sous l'angle personnel, organisationnel et temporel, et dans une certaine mesure économique. Le travailleur est assujéti à la surveillance, aux ordres et instructions de l'employeur; il est intégré dans l'organisation de travail d'autrui et y reçoit une place déterminée. Pour sa part, le mandataire doit certes suivre les instructions du mandant, mais il agit indépendamment et sous sa seule responsabilité, tandis que le travailleur se trouve au service de l'employeur. D'autres indices peuvent également aider à la distinction, tels l'élément de durée propre au contrat de travail, alors que le mandat peut n'être qu'occasionnel, le fait que les conditions de temps et de lieu dans lesquelles le travail doit être exécuté soient fixées dans le contrat, la mise à disposition des instruments de travail et le remboursement des frais ainsi que l'indépendance économique; ce dernier critère doit toutefois être relativisé, dès lors qu'une dépendance économique peut exister dans d'autres types de contrats que le contrat de travail, d'une part, et qu'elle n'existe pas nécessairement dans tous les contrats de travail, d'autre part (arrêt du Tribunal fédéral 4A_592/2016 précité, *ibidem* et les arrêts cités).

Les critères formels, tels l'intitulé du contrat, les déclarations des parties ou les déductions aux assurances sociales, ne sont pas déterminants. Il faut bien plutôt tenir compte de critères matériels relatifs à la manière dont la prestation de travail est effectivement exécutée, tels le degré de liberté dans l'organisation du travail et du temps, l'existence ou non d'une obligation de rendre compte de l'activité et/ou de suivre les instructions, ou encore l'identification de la partie qui supporte le risque économique. En principe, des instructions qui ne se limitent pas à de simples directives générales sur la manière d'exécuter la tâche, mais qui influent sur l'objet et l'organisation du travail et instaurent un droit de contrôle de l'ayant droit, révèlent l'existence d'un contrat de travail plutôt que d'un mandat (arrêt du Tribunal fédéral 4A_592/2016 précité, *ibidem* et les références citées).

Le critère de la subordination doit être relativisé en ce qui concerne les personnes exerçant des professions typiquement libérales ou ayant des fonctions dirigeantes. Comme l'indépendance de l'employé est beaucoup plus grande, la subordination est alors essentiellement organisationnelle. Dans un tel cas, plaident notamment en faveur du contrat de travail la rémunération fixe ou périodique, la mise à disposition d'une place de travail et des outils de travail, ainsi que la prise en charge par l'employeur du risque de l'entreprise; le travailleur renonce à participer au marché comme entrepreneur assumant le risque économique et abandonne à un

tiers l'exploitation de sa prestation, en contrepartie d'un revenu assuré (arrêt du Tribunal fédéral 4A_592/2016 précité, *ibidem* et les références citées).

Seul l'examen de l'ensemble des circonstances du cas concret permet de déterminer si le travail est effectué de manière dépendante ou indépendante (arrêt du Tribunal fédéral 4A_592/2016 précité, *ibidem* et les arrêts cités).

4.1.4 L'art. 53 CPC, qui reprend la formulation générale de l'art. 29 al. 2 Cst., prévoit que les parties ont le droit d'être entendues.

Le droit à la preuve est une composante du droit d'être entendu garanti au niveau constitutionnel par l'art. 29 al. 2 Cst. Il implique que toute partie a le droit, pour établir un fait pertinent qui n'est pas déjà prouvé, de faire administrer les moyens de preuve adéquats, pour autant qu'ils aient été proposés régulièrement et en temps utile (ATF 140 I 99 consid. 3.4; arrêt du Tribunal fédéral 5A_632/2018 du 21 janvier 2019 consid. 4.4.1). Le droit à la preuve n'empêche toutefois pas le juge de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, il a la certitude que celles-ci ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_632/2018 précité, *ibidem*).

4.2

4.2.1 En l'espèce, l'appelante a saisi le Tribunal d'une action en constatation, en interdiction et en cessation du trouble ainsi qu'en dommages-intérêts, assortie d'une requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles. Il incombait dès lors au Tribunal d'examiner si les conditions de recevabilité de la requête étaient réalisées, et ce dès le stade des mesures provisionnelles. A supposer que le litige fût du ressort du Tribunal des prud'hommes ou de la Cour de justice, le Tribunal n'aurait en effet pas été compétent pour prononcer les mesures sollicitées.

Il s'ensuit que lorsque, comme dans le cas d'espèce, la compétence matérielle du Tribunal dépend de la nature de la relation juridique nouée par les parties, celui-ci doit, contrairement à ce qu'affirme l'appelante, examiner cette question dès le stade des mesures provisionnelles, même si celle-ci est également pertinente pour statuer sur le fond du litige et qu'elle constitue un fait doublement pertinent.

Il incombait cependant au premier juge de procéder à cet examen en respectant les principes posés par la jurisprudence en matière de faits doublement pertinents.

4.2.2 *In casu*, le premier juge s'est déclaré incompétent à raison de la matière au motif que le contrat de mandat conclu entre l'appelante et l'intimée 2 constituait en réalité un contrat de travail, conclu entre l'appelante et l'intimé 1. Pour ce faire, il s'est notamment appuyé sur les objections contenues dans la réponse des intimés, selon lesquelles le contrat de travail et le contrat de mandat avaient le même

contenu, le remplacement du premier par le second n'ayant eu aucune incidence sur le travail effectué par l'intimé 1 pour le compte de l'appelante. Il s'est également fondé sur les relevés bancaires de l'intimé 1, desquels il ressortait que l'appelante n'avait pas payé à l'intimée 2 les honoraires prévus par le contrat de mandat du 20 mars 2018, mais avait continué à verser sur le compte de l'intimé 1 des montants qualifiés d'acomptes salaire. Le Tribunal ne s'est par conséquent pas déclaré incompétent sur la base des seuls allégués contenus dans la requête, en estimant que ceux-ci ne permettaient pas de conclure à l'existence d'un contrat de travail. Il n'a pas non plus considéré que la thèse de l'appelante relative à la conclusion d'un contrat de mandat était réfutée immédiatement et sans équivoque par la réponse et les documents des intimés et qu'il se justifiait de faire exception à la théorie des faits doublement pertinents en rendant d'entrée de cause une décision d'irrecevabilité, sans appliquer le renvoi au fond tel qu'il est prévu par ladite théorie. Or, le Tribunal ne pouvait, conformément aux principes susmentionnés, rendre une telle décision d'entrée de cause que s'il estimait que l'un de ces deux cas de figure était réalisé.

Cette lacune dans le raisonnement du premier juge ne saurait toutefois porter à conséquence. Contrairement à ce qu'affirme l'appelante, le Tribunal aurait en effet pu se déclarer d'entrée de cause incompétent à raison de la matière au motif que la qualification de contrat de mandat alléguée par l'appelante était d'emblée contredite par la réponse et les pièces produites.

Comme l'a retenu le Tribunal, aucun élément n'indique en effet que le remplacement du contrat de travail par le contrat de mandat aurait eu une incidence sur l'activité exercée par l'intimé 1 pour le compte de l'appelante. Le contrat de mandat, conclu pour une durée indéterminée, fixait en effet, de manière identique au contrat de travail, la durée de l'activité, le lieu où elle devait être exercée et l'obligation pour l'intimé 1 d'utiliser les outils professionnels mis à disposition par l'appelante. Celui-ci est par conséquent resté intégré dans l'organisation de l'appelante après la conclusion de ce contrat.

Le contrat de mandat prévoyait également l'obligation pour l'intimé 1 de fournir une prestation personnelle, ce qui constitue une caractéristique du contrat de travail, alors que la substitution est possible dans le contrat de mandat.

Le principe d'une rémunération mensuelle fixe était par ailleurs repris dans le contrat de mandat, son montant étant seulement augmenté.

Au vu de ces éléments, il était manifeste que l'intimé 1 avait continué de se trouver dans un lien de subordination organisationnelle, temporelle et économique avec l'appelante après la conclusion du contrat de mandat et que celle-ci avait continué de supporter le risque économique à l'instar d'un employeur.

Ainsi que l'a relevé le Tribunal, le fait que les clauses relatives au prélèvement des charges sociales qui figuraient dans le contrat de travail, de même que celles relatives aux vacances ou au versement du salaire en cas d'empêchement de travailler, n'aient pas été reprises dans le contrat de mandat ne suffit pas pour exclure la qualification de contrat de travail. Il résultait en outre des relevés de compte produits par les intimés que l'appelante n'avait pas payé à l'intimée 2 les honoraires convenus aux termes du contrat de mandat du 20 mars 2018 mais avait continué à verser directement sur le compte bancaire de l'intimé 1 des montants qu'elle avait qualifiés d'"acompte salaire". Elle avait également maintenu dans le contrat de mandat du 20 mars 2018 la clause de prohibition de concurrence, soit une clause propre au contrat de travail (art. 340 CO).

Au vu de ce qui précède, le Tribunal aurait pu retenir qu'en dépit de la qualification de mandat alléguée par l'appelante dans sa demande, le contrat du 20 mars 2018 constituait indubitablement et sans équivoque un contrat de travail et que l'appelante avait continué d'être liée contractuellement avec l'intimé 1 après cette date. Il aurait dès lors pu faire exception à l'application de la théorie de la double pertinence et rendre d'entrée de cause une décision d'irrecevabilité.

L'appelante, qui se limite à affirmer que sa thèse relative à la conclusion d'un contrat de mandat n'avait pas pu être réfutée immédiatement et sans équivoque au stade des mesures provisionnelles, ne tente pas de démontrer, ne serait-ce que succinctement, en quoi un tel raisonnement aurait été contraire au droit. Elle n'expose pas non plus en quoi le Tribunal aurait considéré à tort que les prétentions qu'elle faisait valoir à l'encontre de l'intimée 2 relevaient de la loi contre la concurrence déloyale et de la loi sur le droit d'auteur et étaient dès lors du ressort de la Cour de justice.

4.2.3 Le grief de l'appelante selon lequel le Tribunal aurait statué sur la qualification du contrat sans administrer de preuves sera également écarté, faute de motivation conforme aux exigences de l'art. 311 al. 1 CPC. L'appelante ne conteste en effet à aucun moment les constatations de fait du premier juge. Elle n'expose pas non plus quels allégués pertinents auraient été écartés à tort par le Tribunal ou n'auraient pas fait l'objet des mesures d'instruction qu'elle aurait dûment sollicitées.

4.2.4 L'ordonnance entreprise sera par conséquent confirmée par substitution de motifs et l'appelante déboutée de toutes ses conclusions.

Au vu de ce qui précède, il n'est pas nécessaire d'examiner l'argument des intimés, selon lequel la question de savoir s'il existe ou non un contrat de travail entre les parties, et donc celle du tribunal compétent *ratione materiae*, constituerait, à elle seule, un litige relevant du droit du travail et, par voie de conséquence, de la compétence du Tribunal des prud'hommes.

5. L'appelante, qui succombe, sera condamnée aux frais judiciaires de l'appel, y compris ceux de la décision sur effet suspensif du 5 novembre 2019. Ces frais seront arrêtés à 2'500 fr. et compensés avec l'avance du même montant versée par l'appelante, qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 106 al. 1 et 111 al. 1 CPC; art. 26 et 37 RTFMC).

L'appelante ayant chiffré provisoirement la valeur litigieuse à 100'000 fr. et ce montant n'apparaissant pas manifestement erroné au vu de l'objet du litige et des conclusions (art. 91 al. 2 CPC), elle sera en outre condamnée à verser aux intimés, pris solidairement, des dépens d'appel de 3'000 fr. (art. 105 al. 2, 111 al. 2 CPC; art. 84, 85 al. 1 et 88 RTFMC), débours et TVA compris (art. 25 et 26 LaCC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ SA le 28 octobre 2019 contre l'ordonnance OTPI/663/2019 rendue le 15 octobre 2019 par le Tribunal de première instance dans la cause C/13840/2019-25 SP.

Au fond :

Confirme l'ordonnance entreprise.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 2'500 fr., les met à la charge de A_____ SA et les compense avec l'avance effectuée, laquelle reste acquise à l'Etat de Genève.

Condamne A_____ SA à verser 3'000 fr. à B_____ et C_____ SA, pris solidairement entre eux, à titre de dépens d'appel.

Siégeant :

Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, présidente; Madame Sylvie DROIN et Madame Nathalie RAPP, juges; Madame Mélanie DE RESENDE PEREIRA, greffière.

La présidente :

Nathalie LANDRY-BARTHE

La greffière :

Mélanie DE RESENDE PEREIRA

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.