

## **BGer 4A\_478/2011 vom 30. November 2011**

Bundesgericht, 2011-11-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_478\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_478_2011)

FR: TF 4A\_478/2011 du 30 novembre 2011

IT: TF 4A\_478/2011 del 30 novembre 2011

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

La décision attaquée, rendue dans une procédure qui a été introduite après l'entrée en vigueur du CPC, se caractérise comme une décision sur mesures provisionnelles. Selon l'art. 263 CPC, le juge qui ordonne des mesures provisionnelles impartit au requérant, si l'action au fond n'est pas encore pendante, un délai pour le dépôt de la demande, sous peine de caducité des mesures ordonnées. Les mesures provisionnelles sont donc ordonnées en vue et pour la durée d'un procès sur le fond. La décision sur mesures provisionnelles - que la requête soit admise ou rejetée - se caractérise donc comme une décision incidente ( ATF 134 I 83 consid. 3.1 p. 86 s.).

Comme cette décision ne porte pas sur la compétence ou une demande de récusation ( art. 92 LTF ), le recours immédiat au Tribunal fédéral n'est ouvert qu'aux conditions posées par l'art. 93 al. 1 LTF .

S'agissant de mesures provisionnelles, il est évidemment d'emblée exclu de mettre fin immédiatement à la procédure sur le fond (cf. art. 93 al. 1 let. b LTF ). Il faut donc examiner si la décision attaquée peut causer un préjudice irréparable ( art. 93 al. 1 let. a LTF ).

Le préjudice, au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF, doit être de nature juridique; il ne peut s'agir d'un préjudice de fait ou d'un préjudice purement économique, comme l'allongement ou le renchérissement de la procédure ( ATF 137 V 314 consid. 2.2.1 p. 317; 136 IV 92 consid. 4 p. 95; 135 II 30 consid. 1.3.4 p. 36). Il faut encore que ce préjudice soit irréparable, c'est-à-dire qu'il ne doit pas pouvoir être supprimé par une décision finale ultérieure qui serait favorable à la partie recourante ( ATF 137 V 314 consid. 2.2.1 p. 317; 134 IV 92 consid. 4 p. 95; 134 III 188 consid. 2.1 p. 190).

Les recourantes se fondent sur un arrêt d'où il semble résulter qu'une décision sur mesures provisionnelles peut toujours causer un préjudice irréparable ( ATF 134 I 83 consid. 3.1 p. 87). On ne peut cependant pas déduire du texte légal qu'une décision sur mesures provisionnelles serait susceptible d'un recours immédiat sans égard aux exigences de l'art. 93 al. 1 LTF . Il n'y a par ailleurs aucune raison d'interpréter la notion de préjudice irréparable d'une manière particulière pour ce type de litiges. En ne permettant le recours que pour violation des droits constitutionnels ( art. 98 LTF ), le législateur a au contraire manifesté la volonté de se montrer restrictif, tant il est évident qu'il n'est guère opportun que le Tribunal fédéral doive se prononcer sur un état de fait complexe à un stade préliminaire, alors que l'on ignore quel pourrait être le résultat d'une administration complète des preuves dans le procès sur le fond. Au vu de la jurisprudence citée, on ne peut cependant pas reprocher aux recourantes, en vertu du principe de la bonne foi ( art. 9 Cst. ), de n'avoir pas davantage expliqué en quoi consisterait le préjudice irréparable. Certes, la Cour de céans a entre-temps eu l'occasion de préciser, dans un ATF 137 III 324 (consid. 1.1), que la partie

recourante qui attaque une décision sur mesures provisionnelles devant le Tribunal fédéral doit démontrer dans quelle mesure elle est concrètement menacée d'un préjudice irréparable de nature juridique. On ne saurait toutefois se fonder sur ce précédent pour reprocher aux recourantes un défaut de motivation en l'espèce, cet arrêt ayant été publié au Recueil officiel après le dépôt de leur recours (cf. par analogie: ATF 134 III 534 consid. 3.2.3.3).

S'agissant des injonctions sous menace des peines de l' art. 292 CP , on ne voit pas que les recourantes ne puissent pas les obtenir au stade d'une décision finale ( art. 9 al. 1 LCD ; art. 62 al. 1 LDA ). Si les intimés profitaient de la situation dans l'intervalle, les recourantes pourraient obtenir, dans la décision finale, des dommages-intérêts et même la remise du gain réalisé selon les dispositions sur la gestion d'affaires ( art. 9 al. 3 LCD ; art. 62 al. 2 LDA ; art. 423 al. 1 CO ). Les recourantes ne démontrent pas qu'elles sont exposées à un préjudice qu'une décision finale favorable ne pourrait pas faire disparaître entièrement. Elles font valoir des difficultés de preuve, mais il s'agit là d'un préjudice de fait, et non pas d'un préjudice de nature juridique.

La situation est différente pour les conclusions tendant à administrer des preuves en urgence (preuves à futur: art. 158 CPC ). En effet, il a été déduit de l' art. 8 CC un droit à la preuve et à la contre-preuve ( ATF 133 III 295 consid. 7.1 p. 299; 129 III 18 consid. 2.6 p. 24). Que les prétentions invoquées relèvent du droit fédéral n'est par ailleurs pas contestable (art. 110 al. 1, 121 al. 1, 136 al. 1 LDIP). Or, l'administration d'une preuve à futur suppose le risque qu'un moyen de preuve disparaisse (cf. art. 158 al. 2 et 261 al. 1 CPC). C'est d'ailleurs bien ce que soutiennent les recourantes. On peut donc admettre qu'elles sont exposées à perdre leur droit à la preuve, ce qui constitue un préjudice irréparable de nature juridique. Savoir si un tel risque existe ou non est une question qui touche le bien-fondé de la requête, et ne peut donc être tranchée au stade de la recevabilité du recours.

Comme les arguments invoqués par la cour cantonale et par les recourantes concernent en principe aussi bien les injonctions que la conservation des preuves, il se justifie de recevoir le recours. Ce n'est qu'en cas d'admission de celui-ci et de réforme ( art. 107 al. 2 LTF ) qu'il faudrait alors dire si le recours est partiellement irrecevable.

### **E. 1.2**

La requête en mesures provisionnelles est fondée à la fois sur la LDA, sur la LCD, et sur les dispositions du CO sur le contrat de travail.

Pour l'action fondée sur le droit d'auteur, la législation fédérale exige une instance cantonale unique ( art. 5 al. 1 let. a CPC ). Il en va de même pour l'action fondée sur la concurrence déloyale, puisque la valeur litigieuse dépasse manifestement 30'000 fr. ( art. 5 al. 1 let. d CPC). En raison de la connexité entre les différents fondements de la requête, la prétention fondée sur le droit du travail relève du même tribunal ( art. 15 al. 2 CPC ). L'exigence selon laquelle l'autorité précédant immédiatement le Tribunal fédéral doit statuer sur recours ne s'applique donc pas ( art. 75 al. 2 let. a LTF ). Il en résulte que le recours au Tribunal fédéral n'est pas soumis à l'exigence d'une valeur litigieuse minimale ( art. 74 al. 2 let. b LTF ).

### **E. 1.3**

Interjeté par les parties qui ont succombé dans leurs conclusions tendant à des mesures provisionnelles en leur faveur et qui ont donc qualité pour recourir ( art. 76 al. 1 LTF ) et dirigé contre une ordonnance rendue en matière civile ( art. 72 al. 1 LTF ), le recours est en principe recevable, puisqu'il a été déposé dans le délai (art. 48 al. 1 et 100 al. 1 LTF) et la

forme ( art. 42 LTF ) prévus par la loi, étant rappelé que la suspension des délais ne s'applique pas en matière de mesures provisionnelles ( art. 46 al. 2 LTF ).

#### **E. 1.4**

Le recours étant dirigé contre une décision portant sur des mesures provisionnelles, il ne peut être formé que pour violation des droits constitutionnels ( art. 98 LTF ).

Le Tribunal fédéral ne peut examiner que les droits constitutionnels qui ont été invoqués et dont la violation a été expliquée de manière précise par la partie recourante ( art. 106 al. 2 LTF ).

#### **E. 1.5**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Il ne peut s'en écarter qu'aux conditions strictes posées par l' art. 105 al. 2 LTF .

S'agissant d'un recours en matière de mesures provisionnelles, la partie recourante ne peut s'en prendre à l'état de fait cantonal qu'en invoquant la violation d'un droit constitutionnel ( art. 98 LTF ; ATF 133 III 393 consid. 7.1 p. 398, 585 consid. 4.1 p. 588). Une rectification de l'état de fait ne peut être demandée que si elle est de nature à influencer sur le sort de la cause ( art. 97 al. 1 LTF ).

#### **E. 1.6**

Le Tribunal fédéral ne peut aller au-delà des conclusions des parties ( art. 107 al. 1 LTF ). Toute conclusion nouvelle est irrecevable ( art. 99 al. 2 LTF ). Dans la mesure où les conclusions prises par les recourantes devant le Tribunal fédéral iraient au-delà de leurs dernières conclusions devant la cour cantonale, elles seraient donc irrecevables.

### **E. 2.1**

Les recourantes se plaignent d'arbitraire dans l'appréciation des preuves et l'établissement des faits.

#### **E. 2.1.1**

Selon la jurisprudence, l'arbitraire, prohibé par l' art. 9 Cst. , ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable; le Tribunal fédéral n'annulera la décision attaquée que lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté, ou encore lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité; pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat ( ATF 137 I 1 consid. 2.4 p. 5; 136 I 316 consid. 2.2.2 p. 318 s.; 136 III 552 consid. 4.2 p. 560).

S'agissant plus précisément de l'appréciation des preuves, la décision n'est arbitraire que si le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, s'il a omis, sans raison sérieuse, de tenir compte d'un moyen important propre à modifier la décision attaquée ou encore si, sur la base des éléments recueillis, il a fait une déduction insoutenable ( ATF 136 III 552 consid. 4.2 p. 560; 129 I 8 consid. 2.1 p. 9).

#### **E. 2.1.2**

Les recourantes ont dressé, aux pages 11 et 12 de leur recours, une liste de faits que la cour cantonale aurait omis arbitrairement.

La cour cantonale n'avait aucune obligation de mentionner des faits qui, sans arbitraire, lui paraissaient non pertinents ou en tout cas impropres à influencer sa décision (cf. ATF 135 III 670 consid. 3.3.1 p. 677; 134 I 83 consid. 4.1 p. 88).

Le fait que des employés d'une même entreprise aient des contacts entre eux et qu'ils échangent des messages est une situation banale, qui ne permet pas de rendre vraisemblable qu'ils comploteraient contre leur employeur.

Qu'un employé transfère des données peut aussi s'expliquer par les nécessités de son travail et les faits évoqués par les recourantes ne montrent pas une soustraction de données.

Le fait qu'un produit concurrent soit élaboré ou en cours d'élaboration ne permet pas de rendre vraisemblable qu'il serait fondé sur des données confidentielles soustraites illégalement par les employés.

Que les employés aient eu des connaissances privilégiées ne permet pas de déduire qu'ils les utilisent au profit de leur nouvel employeur.

D'une manière plus précise, les recourantes affirment que l'employé intimé a créé un fichier intitulé "CodeRepositories", en ajoutant "vraisemblablement un dossier contenant des fichiers de codes sources". La formule employée montre bien que les recourantes ne savent absolument pas ce que contient le fichier en question. De simples suppositions ne suffisent pas à établir une vraisemblance.

En conclusion, les recourantes ne sont pas parvenues à montrer que l'état de fait cantonal serait arbitrairement lacunaire, en omettant des faits importants propres à modifier la décision attaquée.

### **E. 2.1.3**

Les recourantes reprochent également à la cour cantonale d'avoir retenu arbitrairement certains faits (p. 12 à 14 du recours).

Il n'appartient cependant pas au Tribunal fédéral d'examiner à nouveau, comme le ferait une cour d'appel, les pièces qui ont été produites pour les apprécier sous l'angle de la vraisemblance. Le Tribunal fédéral ne peut entrer en matière que dans la mesure où les parties recourantes montrent en quoi la cour cantonale aurait adopté une position insoutenable.

Les recourantes invoquent à nouveau le dossier "CodeRepositories" en indiquant que celui-ci "contenait selon toute vraisemblance tout ou partie des codes sources auxquels il avait accès". Il ne s'agit manifestement que d'une supposition et la cour cantonale n'a pas versé dans l'arbitraire en considérant qu'il ne pouvait retenir une vraisemblance suffisante sur la base de simples suppositions.

Les recourantes évoquent l'existence d'indices suggérant que l'employé intimé aurait copié un code source. Elles n'indiquent cependant pas de manière précise, dans leur acte de recours, en quoi consistent ces indices, de sorte que le grief est insuffisamment motivé pour démontrer l'arbitraire ( art. 106 al. 2 LTF ).

Les recourantes invoquent aussi les faits reprochés à un autre employé, mais elles ne démontrent pas que ces faits pourraient fonder un reproche à l'encontre de l'employé intimé et encore moins de la société intimée, laquelle n'a été constituée que plus tard.

Que la cour cantonale n'ait pas considéré comme déterminantes les déclarations faites par le représentant des parties recourantes peut s'expliquer aisément par ses rapports trop étroits avec celles-ci, ce qui ne saurait être qualifié d'arbitraire.

#### **E. 2.1.4**

Les recourantes reprochent à la cour cantonale de ne pas avoir retenu la déclaration écrite de leur représentant, que celui-ci a confirmée en tant que témoin.

Ce document expose les allégués des recourantes. Dès lors que ces déclarations émanent d'une personne étroitement liée aux recourantes, il n'y a rien d'arbitraire à les considérer avec circonspection et à admettre qu'elles ne peuvent pas fonder la vraisemblance exigée.

#### **E. 2.1.5**

Les recourantes reprochent à la cour cantonale d'avoir arbitrairement conclu qu'elles n'avaient pas établi, sous l'angle de la vraisemblance, qui était titulaire des droits d'auteur sur les trois logiciels invoqués.

Non seulement l'argumentation présentée ne démontre pas l'arbitraire des observations cantonales, mais la question n'a même pas à être examinée, puisqu'elle est impropre à rendre la décision attaquée arbitraire dans son résultat. En effet, la cour cantonale a retenu, sans arbitraire, que les recourantes n'étaient pas parvenues à rendre vraisemblable que leurs droits étaient l'objet d'une atteinte ou risquaient de l'être ( art. 261 al. 1 let. a CPC ). En conséquence, le refus des mesures provisionnelles se justifie pour ce seul motif, sans qu'il soit nécessaire de se pencher sur la question de la titularité des droits d'auteur.

S'il est vrai que l' art. 65 LDA prévoit différents types de mesures provisionnelles (alors que l' art. 14 LCD a été abrogé), il ne régit pas la procédure à suivre pour que ces mesures soient ordonnées. La cour cantonale n'a donc pas appliqué le droit arbitrairement en se référant à l' art. 261 al. 1 CPC . Ce grief n'est d'ailleurs pas soulevé ( art. 106 al. 2 LTF ).

### **E. 2.2**

Les recourantes invoquent une violation du droit d'être entendu ( art. 29 al. 2 Cst. ) sous l'angle de leur droit à une décision motivée.

#### **E. 2.2.1**

La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu garanti par l' art. 29 al. 2 Cst. notamment l'obligation pour l'autorité de motiver sa décision, de telle manière que son destinataire puisse en saisir la portée et l'attaquer s'il y a lieu en connaissance de cause ( ATF 134 I 83 consid. 4.1 p. 88; 133 I 270 consid. 3.1 p. 377).

Le juge n'a cependant pas l'obligation de s'exprimer, dans sa décision, sur tous les faits et tous les arguments juridiques qui ont été présentés; il peut se limiter à exposer les éléments essentiels qui l'ont guidé dans sa décision ( ATF 135 III 670 consid. 3.3.1 p. 677; 134 I 83 consid. 4.1 p. 88; 133 I 270 consid. 3.1 p. 377).

#### **E. 2.2.2**

Les recourantes reprochent à la cour cantonale de ne pas avoir expliqué pourquoi elle n'appliquait pas l' art. 6 LCD à l'encontre de la société intimée.

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

D'une manière superflue, la cour cantonale relève que l' art. 6 LCD ne peut pas s'appliquer à l'employé intimé pour ce qui concerne les logiciels E.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_, parce qu'il en a eu connaissance avec l'accord de son employeur.

Il ressort cependant clairement de la suite de l'argumentation que les mesures provisionnelles sont refusées parce que les recourantes n'ont pas rendu vraisemblable que les intimés exploiteraient de façon induue les codes sources des logiciels invoqués; en premier lieu, il n'a pas été rendu vraisemblable que l'employé intimé aurait copié les codes sources, ni qu'il les utiliserait dans sa nouvelle activité auprès de la société intimée. Par ailleurs, la cour a retenu qu'aucun indice ne laisse penser que la société intimée développerait un logiciel similaire à D.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_ ou E.\_\_\_\_\_. Ainsi, la cour cantonale a clairement montré qu'elle refusait les mesures provisionnelles à l'égard des deux intimés parce que les recourantes n'avaient pas rendu vraisemblables les faits qui permettraient l'application de l' art. 6 LCD .

En conséquence, la motivation présentée est suffisante pour comprendre la décision attaquée et il n'y a pas de violation du droit à une décision motivée.

### **E. 2.2.3**

Les recourantes reprochent à la cour cantonale de ne pas avoir motivé son refus des mesures probatoires (preuves à futur) qui avait été sollicitées.

Il ressort cependant clairement de l'arrêt cantonal que toutes les mesures provisionnelles ont été refusées pour le motif que les recourantes n'étaient pas parvenues à rendre vraisemblable que leurs droits étaient atteints ou risquaient de l'être et qu'il y avait urgence à prendre les mesures sollicitées; en particulier, il a été retenu qu'il n'avait pas été rendu vraisemblable que l'employé intimé avait soustrait indûment des logiciels appartenant aux recourantes et qu'il les utilisait au profit de son nouvel employeur, la société intimée.

Les recourantes l'ont d'ailleurs bien compris puisqu'elles expliquent qu'il n'était pas suffisant de procéder à une analyse sous l'angle des art. 261 et 262 CPC et qu'il fallait aussi appliquer l' art. 158 CPC .

Cependant, dès lors que les motifs qui ont guidé la décision des juges apparaissent clairement, il n'est plus question d'une violation du droit à une décision motivée. Savoir si l'argumentation présentée par la cour cantonale est conforme au droit et emporte la conviction n'est pas une question qui relève du droit d'être entendu sous la forme du droit à une décision motivée (arrêt 4A\_242/2009 du 10 décembre 2009 consid. 4.1 et les arrêts cités).

L' art. 158 CPC , qui régit la preuve à futur, prévoit, à son alinéa 2, que les dispositions sur les mesures provisionnelles sont applicables. En conséquence, on comprend, sans qu'aucune autre explication ne soit nécessaire, que la cour cantonale s'est référée aux art. 261 et ss CPC qui traitent des mesures provisionnelles. Les recourantes soutiennent que le renvoi de l' art. 158 al. 2 CPC ne s'étend pas à l' art. 261 CPC . Elles prétendent donc que le raisonnement suivi par la cour cantonale est erroné. Le recours n'étant ouvert que pour violation d'un droit constitutionnel ( art. 98 LTF ), les recourantes ne pouvaient critiquer le raisonnement suivi par la cour cantonale qu'en invoquant l'arbitraire dans l'application du droit fédéral. Ce droit constitutionnel n'étant pas invoqué, le Tribunal fédéral ne peut pas entrer en matière sur la question juridique soulevée ( art. 106 al. 2 LTF ).

Au demeurant, les recourantes n'ont même pas tenté de démontrer que des preuves à futur, sur la base des art. 158 al. 1 CPC ou de l' art. 65 LDA , doivent être ordonnées même s'il n'apparaît pas qu'il y a urgence à les administrer avant le temps normal de l'instruction de la cause. Or, la cour cantonale a constaté que des mesures avaient été prises par le juge londonien et que des engagements avaient été pris par la société intimée; par ailleurs, vu le temps écoulé, on peut réellement douter que des mesures prononcées maintenant puissent véritablement éviter le risque d'une manipulation des preuves. La cour cantonale ayant dénié également l'urgence à prendre les mesures sollicitées, on constate d'emblée que les recourantes ne développent aucune argumentation tendant à démontrer, sous cet angle, l'arbitraire dans l'application du droit fédéral ( art. 106 al. 2 LTF ).

Ainsi, le recours doit être entièrement rejeté.

### **E. 3**

Les frais judiciaires et les dépens doivent être mis solidairement à la charge des recourantes qui succombent (art. 66 al. 1 et 5, art. 68 al. 1, 2 et 4 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.