

# **GE\_GERICHTE CAPH/175/2018 vom 28. November 2018**

GE Cour de justice, 2018-11-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_CAPH\\_175\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_CAPH_175_2018)

FR: GE\_GERICHTE CAPH/175/2018 du 28 novembre 2018

IT: GE\_GERICHTE CAPH/175/2018 del 28 novembre 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

L'appel, écrit et motivé, formé dans les trente jours, est recevable contre les décisions finales de première instance, lorsque la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308, 311 CPC). En ce qui concerne la motivation, l'appelant a le fardeau d'expliquer les motifs pour lesquels le jugement attaqué doit être annulé et modifié. Un simple renvoi aux écritures et pièces de première instance n'est pas conforme à l'exigence de motivation.

L'instance supérieure doit pouvoir comprendre ce qui est reproché au premier juge, sans avoir à chercher des griefs par elle-même (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_250/2014 consid. 3.1 et références citées; JEANDIN, in Code de procédure civile commenté, 2011, n. 3 ad art. 311). La réponse doit être déposée dans un délai de 30 jours (art. 312 al. 2 CPC). Un appel joint peut être formé dans la réponse (art. 313 al. 1 CPC).

### **E. 1.2**

En l'espèce, les dernières conclusions de première instance sont supérieures à 10'000 fr. de sorte que la voie de l'appel est ouverte. Interjetés auprès de l'autorité compétente (art. 124 let. a LOJ), dans les délais utiles (cf. notamment art. 145 al. 1 let. c CPC) et selon la forme prescrite par la loi, l'appel et l'appel joint sont recevables, sous réserve des conclusions de ce dernier visant l'annulation du chiffre 4 du dispositif du jugement (relatif au certificat de travail délivré à l'employée), faute de motivation sur ce point (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_376/2016 du 2 décembre 2016 consid. 3.2; 4A\_97/2014 du 26 juin 2014 consid. 3.3; 5A\_438/2012 du 27 août 2012 consid. 2.2). La réponse et le deuxième échange d'écritures des parties sont également recevables. Il ne sera toutefois pas tenu compte des simples renvois aux écritures de première instance contenus dans l'appel du 3 janvier 2018 et la réponse du 11 avril 2018, cette manière de procéder ne répondant pas aux exigences de motivation de l'art. 311 CPC.

- 20/29 -

C/22735/2015-4

### **E. 2**

L'appelante invoque une violation de son droit à la preuve, le Tribunal ayant refusé d'ordonner la production de tous les emails qu'elle s'était envoyés durant toute la relation contractuelle, ce qui lui aurait permis d'établir l'usage continu de sa messagerie privée et que celle-ci constituait une pratique interne et constante au sein de la banque. Elle lui reproche également de ne pas avoir ordonné la production par la banque de pièces non-caviardées, les documents produits par cette dernière étant totalement inutilisables.

### **E. 2.1**

Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 129 II 497 consid. 2.2; 127 III 576 consid. 2c). Le droit à la preuve ne s'oppose pas à ce que l'autorité mette un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 140 I 285 consid. 6.3; 138 III 374 consid. 4.3.2). La jurisprudence développée par le Tribunal fédéral en relation avec l'art. 29 al. 2 Cst. doit aussi être prise en compte pour l'interprétation de l'art. 53 CPC qui règle au niveau légal, pour le domaine d'application du Code de procédure civile, la garantie constitutionnelle minimale prévue par l'art. 29 al. 2 Cst. (arrêts du Tribunal fédéral 5A\_876/2015 du 22 avril 2016 consid. 3.3; 5A\_465/2014 du 20 août 2014 consid. 5.1).

## **E. 2.2**

En l'espèce, l'appelante ne détaille pas les messages dont elle demande la production, se limitant à renvoyer à sa réquisition de preuve du 3 février 2017. Il est douteux que cette manière de faire soit conforme aux exigences de motivation de l'art. 311 CPC. En tout état de cause, cette réquisition vise pour l'essentiel des échanges d'emails de l'intéressée avec des tiers depuis sa messagerie professionnelle, seuls les documents requis sous n° 213, 217 et 230 de ladite réquisition faisant référence à des échanges sur sa messagerie privée ou celle de T\_\_\_\_\_. L'appelante n'expliquant pas en quoi ces documents seraient susceptibles de prouver l'usage de sa messagerie privée à des fins professionnelles, leur production n'apparaît pas justifiée. Par ailleurs, même à supposer qu'il soit établi que des collègues avaient pour habitude de lui adresser des messages sur sa messagerie privée, cet élément ne serait pas propre à modifier l'appréciation des preuves à laquelle il sera procédé ci-après.

Enfin, c'est en vain que l'appelante invoque la nécessité pour la banque de produire des documents non caviardés, les pièces au dossier étant suffisamment intelligibles et probantes pour retenir les faits figurant sous les lettres G.c.b et G.c.c de la partie "En Fait". Les témoignages de K\_\_\_\_\_, F\_\_\_\_\_ et H\_\_\_\_\_

- 21/29 -

C/22735/2015-4 permettent en outre d'admettre l'existence d'autres fichiers de clients, notamment du département Moyen-Orient, transférés par l'appelante sur sa messagerie privée.

Il ne sera ainsi pas donné suite aux mesures d'instruction requises par l'appelante.

## **E. 3**

L'appelante reproche aux premiers juges de ne pas avoir retenu le caractère abusif de son licenciement qu'elle qualifie de congé-représailles, son employeur cherchant à se soustraire à ses obligations en paiement du salaire dû durant son préavis contractuel. En tout état de cause, le congé immédiat était injustifié.

3.1.1 L'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs; la partie qui résilie immédiatement le contrat doit motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande (art. 337 al. 1 CO). Sont notamment considérées

comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (art. 337 al. 2 CO). Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs, mais en aucun cas il ne peut considérer comme tel le fait que le travailleur a été sans faute empêché de travailler (art. 337 al. 3 CO). Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive (ATF 130 III 28 consid. 4.1, 127 III 351 consid. 4a et les références citées). D'après la jurisprudence, les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 130 III 28 consid. 4.1, 213 consid. 3.1; 129 III 380 consid. 2.1). 3.1.2 En particulier, un manquement au devoir de fidélité du travailleur peut constituer un juste motif de congé. En vertu de l'art. 321a al. 1 CO, le travailleur doit sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de son employeur: il doit s'abstenir d'entreprendre tout ce qui pourrait lui nuire économiquement (ATF 127 III 86 consid. 2c; 117 II 560 consid. 3a). L'employeur peut établir des directives générales sur l'exécution du travail et la conduite des travailleurs dans son exploitation ou son ménage et leur donner des instructions particulières (art. 321d CO). Ces directives ne sont subordonnées au respect d'aucune forme particulière. Le travailleur doit pouvoir en prendre connaissance sans grande difficulté (WYLER/HEINZER, op. cit., p. 112). En vertu de l'art. 321d al. 2 CO, le travailleur a l'obligation de suivre les instructions particulières qui lui ont été données par son employeur. La désobéissance à un ordre - pour autant que celui-ci reste dans les limites du

- 22/29 -

C/22735/2015-4 contrat - peut constituer un juste motif de résiliation immédiate lorsque l'injonction ou la prescription concerne des intérêts importants de l'employeur; dans un tel cas, suivant les intérêts en jeu, la résiliation immédiate est justifiée, même sans avertissement préalable (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_152/2011 du

### **E. 3.3**

Selon le témoignage de F\_\_\_\_\_, la banque pouvait néanmoins autoriser un gestionnaire, pour une période déterminée, à utiliser son téléphone personnel. Cela paraît avoir été le cas pour l'appelante d'août 2009 à juin 2010, date à laquelle elle a reçu un M\_\_\_\_\_. Ce point peut toutefois rester indécis, car il n'est pas déterminant pour l'issue du litige. Le fait que la banque puisse autoriser l'utilisation d'un appareil privé durant une période déterminée n'amoin-drit pas son intérêt à conserver la maîtrise des données sensibles de ses clients. Selon l'appelante, la banque aurait également toléré qu'elle utilise par la suite sa messagerie privée, dans la mesure où le M\_\_\_\_\_ mis à sa disposition était défectueux et ne lui permettait pas d'accéder à sa messagerie professionnelle lors de ses déplacements à l'étranger. Il ressort des témoignages de Q\_\_\_\_\_, de J\_\_\_\_\_, de G\_\_\_\_\_ et de K\_\_\_\_\_ que l'appelante rencontrait parfois des problèmes de connexion avec son M\_\_\_\_\_ lorsqu'elle se trouvait à l'étranger, ce qui avait conduit G\_\_\_\_\_ et K\_\_\_\_\_, à quelques reprises, à lui envoyer des documents sur sa messagerie privée. U\_\_\_\_\_ a déclaré avoir également adressé des documents sur la messagerie privée d'autres gestionnaires, comme T\_\_\_\_\_ qui se plaignait que son M\_\_\_\_\_ ne fonctionnait jamais durant ses voyages. Par ailleurs, Q\_\_\_\_\_ avait souvent entendu que certains collaborateurs ne parvenaient pas à consulter leur messagerie professionnelle via leur M\_\_\_\_\_, ce qui les contraignait à

appeler au bureau. Certes, ces éléments permettent de retenir que le M\_\_\_\_\_ de l'appelante pouvaient dysfonctionner lors de ses déplacements professionnels. Toutefois, même à admettre que la banque eût toléré, dans ce cas, la communication des informations alors nécessaires à sa gestionnaire par le biais d'une messagerie privée, cela ne saurait justifier la quantité de messages et de données transférée sur la messagerie privée de l'appelante de mai à juillet 2015, soit durant les trois mois ayant précédé sa lettre de congé du 29 juillet 2015.

- 25/29 -

C/22735/2015-4 L'appelante n'a en effet donné aucune explication pour justifier la nécessité de se transférer des listes entières de profils de clients, notamment celle des clients "Moyen-Orient" (pièce 83 de la banque) et celle intitulée "Contacts \_\_\_\_\_ [deux monogrammes]" (pièce 104 de la banque), ces listes regroupant des clients qui ne la concernaient pas, ainsi que les listes comportant les emails de clients intitulées "Distribution list" et "Marketing list" (pièce 105 de la banque). Les données figurant dans ces documents dépassent, par leur nombre et leur variété, les informations dont l'appelante aurait pu avoir besoin lors d'une visite à l'étranger. Faute d'explication plausible à ce sujet, il ne peut être admis que ces données confidentielles, soumises au secret bancaire, ont été transférées et conservées sur sa messagerie privée à des fins professionnelles. La transmission et la conservation massives de listes de clients, contenant au demeurant de nombreuses données personnelles et financières, sur un support non sécurisé, hors maîtrise de la banque, représente pour celle-ci un risque considérable au niveau des exigences de confidentialité imposées par la loi. La découverte par ailleurs de leur appropriation en cours d'emploi par l'appelante, qui projetait alors ouvertement de travailler en tant que tiers gérante indépendante, était sans aucun doute propre à rompre le lien de confiance entre les parties. Aucun avertissement écrit n'était nécessaire préalablement à la résiliation avec effet immédiat du contrat de travail de l'intéressée. Le fait que la banque ait attendu le mois d'août 2015 avant de donner suite à la plainte du client survenue en juin 2015 n'est pas pertinent. Ce n'est en effet qu'en recherchant, sur le M\_\_\_\_\_ de l'appelante, au début du mois d'août 2015, des informations concernant ledit client que la banque a découvert la transmission des données litigieuses sur la messagerie privée de son employée. La date exacte à laquelle la banque a eu connaissance de l'ampleur et de la nature des informations concernées n'est pas connue. D'après le témoin H\_\_\_\_\_, l'investigation avait d'abord porté sur des informations en lien avec la fraude mentionnée par le client en juin 2015 et cela avait pris plusieurs semaines avant de découvrir les messages envoyés par l'appelante sur sa messagerie privée. La banque avait en outre essayé en vain de contacter l'intéressée, qui était en vacances. Dans ces circonstances, il y a lieu d'admettre que le congé a été signifié à l'appelante aussitôt après la découverte par la banque des faits justifiant ce dernier.

#### **E. 3.4**

Le motif allégué par la banque étant réel, le congé n'est pas abusif. Au demeurant, la décision de la banque de restructurer le portefeuille des clients dont l'appelante s'occupait était fondée sur un rapport d'audit et les recommandations de la FINMA. Enfin, les enquêtes n'ont pas permis d'établir que la banque aurait mené une "campagne de dénigrement" à l'encontre de l'appelante, la problématique des post-it ayant été évoquée lors de la séance d'août 2015 pour rappeler les directives à appliquer en la matière aux collaborateurs présents.

- 26/29 -

### E. 3.5

Par conséquent, les prétentions de l'appelante en paiement du salaire jusqu'au délai de congé et en indemnité pour résiliation immédiate injustifiée sont infondées. L'appel sera donc rejeté et le jugement entrepris confirmé sur ces points. 4. Dans son appel joint, la banque soutient que les heures supplémentaires payées en août 2015 l'avaient été à bien plaisir. L'appelante ayant été membre de la direction, soit un cadre supérieur, aucune indemnisation pécuniaire n'était due pour les heures supplémentaires.

Selon l'employée, dans la mesure où la banque avait expressément reconnu et admis le caractère d'heures supplémentaires des 145.31 heures litigieuses, sans aucune réserve, ces heures devaient être traitées comme telle et rémunérées. Si une majoration de 25% des heures supplémentaires ne devait pas être admise, la banque lui devrait néanmoins encore 11'180 fr. 13.

4.1 Selon l'art. 321c CO, si les circonstances exigent des heures de travail plus nombreuses que ne le prévoit le contrat ou l'usage, un contrat-type de travail ou une convention collective, le travailleur est tenu d'exécuter ce travail supplémentaire, dans la mesure où il peut s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le lui demander (al. 1); l'employeur peut, avec l'accord du travailleur, compenser les heures de travail supplémentaires par un congé d'une durée au moins égale (al. 2); l'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant un salaire normal majoré d'un quart au moins, sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective (al. 3). La durée habituelle du travail dans une entreprise ne vaut généralement pas pour les cadres supérieurs. On attend d'eux qu'ils fournissent des prestations un peu plus conséquentes. Il est important de considérer que lorsqu'on occupe une position supérieure, ce sont avant tout l'ampleur et le poids des tâches à accomplir qui déterminent la contre-prestation de l'employeur, bien plus que la durée du travail hebdomadaire; conformément à leur degré de responsabilité et d'indépendance, les cadres supérieurs peuvent aménager leur temps de travail relativement librement. En l'absence d'une réglementation expresse du temps de travail, ils ne peuvent donc prétendre à une indemnisation pour les heures supplémentaires effectuées que lorsqu'on leur confie des tâches excédant leur cahier des charges, ou lorsque l'ensemble du personnel a dû fournir un nombre conséquent d'heures supplémentaires pendant une certaine durée (arrêt du Tribunal fédéral 4C\_320/1996 du 6 février 1997 consid. 5a et les réf. citées, publié in JAR 1998, pp. 145 s). La règle de l'art. 321c CO vaut cependant également pour les cadres supérieurs lorsque leur temps de travail a été déterminé contractuellement (ATF 129 III 171 consid. 2.1, JdT 2003 I 241).

- 27/29 -

4.2 En l'espèce, au vu de son statut de membre de la direction, de son salaire élevé et de la flexibilité de son horaire – qui n'est pas contestée –, l'employée occupait une fonction de cadre supérieur au sein de la banque. A la fin du contrat de travail, l'intéressée avait effectué 145.31 heures supplémentaires, comptabilisées dans le programme informatique de la banque après avoir été approuvées par celle-ci. D'après le témoignage de I\_\_\_\_\_, employée aux ressources humaines de la banque, ces heures ont été requises par la banque; dès lors qu'elles figurent dans le programme informatique de celle-ci, elles ont été

approuvées par l'employeur. Ces heures constituent ainsi des heures supplémentaires au sens de l'art. 4 du règlement sur le temps de travail; elles ont été effectuées en dehors des jours ouvrables ou après 23h00. Conformément à ce règlement, ces heures ne donnaient droit à l'employée qu'à une compensation en nature, dans la mesure où celle-ci occupait une fonction de sous-directeur.

Le règlement sur le temps de travail ne fait en réalité que prévoir la solution qui prévaut en général pour les personnes exerçant une fonction de cadre supérieur. A teneur de ce règlement, l'employée n'aurait ainsi pas droit à la rémunération des heures supplémentaires qu'elle n'aurait pas été en mesure de récupérer en nature à la fin de son contrat de travail, bien que ces heures aient été approuvées et comptabilisées par l'employeur. Le seul fait que la banque ait versé, avec son dernier salaire, un montant pour les heures supplémentaires non récupérées ne créerait, dans ce cas, aucun droit pour l'employée. Ce versement aurait alors été fait à bien plaisir.

Dans la mesure toutefois où tant le règlement sur le personnel que celui sur le temps de travail font référence à une durée hebdomadaire de 42 heures et prévoient un système de comptabilisation des heures supplémentaires, se pose la question de savoir si l'art. 321c CO ne serait pas applicable à l'employée, malgré sa fonction de cadre supérieur. Dans ce cas, seul un accord écrit permettrait d'exclure le paiement des heures supplémentaires de l'appelante.

Dès lors que le contrat de travail ne fait aucune référence à une durée déterminée de travail et indique que l'horaire est flexible, l'employée n'a, à la lecture de ce seul document, pas droit au paiement de ses heures supplémentaires au vu de sa fonction de cadre supérieur.

Si l'on devait tenir compte du fait que les règlements de l'employeur se réfèrent à une durée hebdomadaire de 42 heures, il y aurait également lieu de prendre en considération l'exclusion de rémunération des éventuelles heures supplémentaires stipulée par voie réglementaire, ce d'autant plus que l'employée a, en signant

- 28/29 -

C/22735/2015-4 l'accusé de réception desdits règlements, déclaré avoir lu et accepté le contenu de ceux-ci.

La forme écrite de l'art. 321c al. 3 CO serait alors respectée, même si l'employée a souscrit à l'ensemble des règlements de manière générale, et non pas spécifiquement en ce qui concerne la réglementation liée aux heures supplémentaires. Dans un arrêt de 2005, et malgré l'avis divergent d'une partie de la doctrine, le Tribunal fédéral a admis que la forme écrite était respectée alors même que le contrat de travail, portant la signature de l'employé, ne contenait, dans ce cas-ci, qu'un renvoi général à un règlement annexe (arrêt du Tribunal fédéral 4C\_407/2004 du 7 janvier 2005 consid. 3.1). Compte tenu de ce qui précède, l'appel joint doit être admis et les chiffres 2 et 3 du dispositif du jugement entrepris annulés. 5. Si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de la première instance (art. 318 al. 3 CPC). Au terme de la procédure d'appel, l'employée succombe dans l'entier de ses conclusions, sous réserve de la modification que l'employeur doit apporter à son certificat de travail. Il se justifie ainsi de mettre les frais judiciaires, dont le montant de 7'650 fr. n'est pas contesté, à raison de neuf dixièmes à la charge de l'employée et d'un dixième à celle de l'employeur (art. 106 al. 2 CPC), soit respectivement 6'885 fr. et 765 fr. Dans la mesure où ces frais ont été entièrement compensés par l'avance de 7'650 fr. fournie

par l'employée, l'employeur sera condamné à lui rembourser la somme de 765 fr. (art. 111 al. 2 CPC). Les chiffres 8 à 10 du dispositif du jugement entrepris seront donc modifiés dans ce sens.

#### **E. 6**

Les frais judiciaires d'appel seront arrêtés à 2'500 fr. (art. 71 RTFMC). Ils seront partiellement compensés avec l'avance de frais de 2'000 fr. opérée par l'appelante, qui reste acquise à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC). Dès lors que cette dernière succombe, ces frais seront mis à sa charge et elle sera condamnée à verser le solde de 500 fr. à l'Etat de Genève. Pour le surplus, il ne sera pas alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC). \* \* \* \* \*

- 29/29 -

C/22735/2015-4 PAR CES MOTIFS, La Chambre des prud'hommes, groupe 4 : A la forme : Déclare recevables l'appel et l'appel joint formés par A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ SA contre les chiffres 2, 3 et 5 à 11 du dispositif du jugement JTPH/434/2017 rendu le 16 novembre 2017 par le Tribunal des prud'hommes. Au fond : Annule les chiffres 2, 3, 8, 9 et 10 de ce jugement. Cela fait, statuant à nouveau sur ces points : Met les frais judiciaires de première instance à raison de 6'885 fr. à la charge de A\_\_\_\_\_ et de 765 fr. à la charge de B\_\_\_\_\_. SA. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Sur les frais: Arrête les frais judiciaires de l'appel à 2'500 fr. et dit qu'ils sont partiellement compensés avec l'avance de frais de 2'000 fr., qui reste acquise à l'Etat de Genève. Met ces frais à la charge de A\_\_\_\_\_. Condamne A\_\_\_\_\_ à verser à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire, la somme de 500 fr. Dit qu'il n'est pas alloué de dépens. Siégeant : Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, présidente; Monsieur Olivier GROMETTO, juge employeur; Madame Ana ROUX, juge salariée; Madame Véronique BULUNDWE-LEVY, greffière.

Indication des voies de recours et valeur litigieuse : 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 15'000.- fr.

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