



POUVOIR JUDICIAIRE

C/12716/2023

CAPH/64/2024

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU LUNDI 2 SEPTEMBRE 2024

Entre

A_____ SA, sise _____, appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 22 décembre 2023 (JTPH/421/2023), représentée par Me Stéphanie FULD, avocate, BIANCHISCHWALD SÀRL, rue Jacques-Balmat 5, case postale 1203, 1211 Genève 1,

et

Monsieur B_____, domicilié _____, intimé, représenté par Me Pierluca DEGNI, avocat, Degni & Vecchio, rue du Général-Dufour 12, case postale 220, 1211 Genève 8.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 11 septembre 2024.

EN FAIT

- A. Par jugement du 22 décembre 2023, expédié pour notification aux parties le même jour, le Tribunal des prud'hommes, après avoir notamment déclaré irrecevables les écritures déposées par les parties à compter du 8 septembre 2023 (ch. 4), a rejeté la requête de mesures provisionnelles formée par A_____ SA (ch. 9), révoqué l'ordonnance de mesures superprovisionnelles du 23 juin 2023 (ch. 10), arrêté les frais de la procédure à 2'000 fr. que A_____ SA a été condamnée à payer (ch. 11 et 12), dit qu'il ne serait pas alloué de dépens (ch. 13) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 14).

Il a, en substance, retenu que A_____ SA avait rendu vraisemblable que le contrat de travail conclu avec B_____ comportait une clause interdisant le débauchage de clients mais non qu'elle se serait réservé le droit par écrit d'exiger la cessation de la contravention à la prohibition de concurrence (à laquelle s'apparentait ladite clause), que l'employé n'était plus tenu par les obligations de l'art. 321a al. 4 CO après la fin des rapports de travail sur sa connaissance de la clientèle, que les documents de l'employeur détenus par l'employé procédaient d'une communication vraisemblablement autorisée de sorte qu'ils n'avaient pas été "sutilisés", qu'il n'était en tout état pas rendu vraisemblable que ces documents auraient été utilisés par l'employé, qu'il n'était pas rendu vraisemblable que ce dernier aurait conduit des clients à mettre fin à leur relation contractuelle avec son employeur, ce qui excluait toute atteinte à la personnalité, que l'employeur disposait d'un droit à la restitution des données, mais que la remise de tous supports serait disproportionnée puisque d'autres mesures moins incisives étaient envisageables.

- B. Par acte du 8 janvier 2024, A_____ SA a formé appel contre le jugement précité. Elle a conclu à l'annulation des chiffres 9 à 12 du dispositif de celui-ci, cela fait à ce qu'il soit fait interdiction à B_____, sous la menace de la peine prévue par l'art. 292 CP, d'exploiter, consulter, communiquer ou utiliser de quelque manière que ce soit pour son propre compte ou celui d'un tiers, les données en sa possession provenant de son activité auprès d'elle, en particulier les documents visés en pièces 20 à 28 ainsi que l'intégralité de leurs annexes, de contacter de quelque manière que ce soit, en agissant directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour celui d'un tiers, ses clients ou employés aux fins de les inciter à modifier de quelque manière que ce soit leurs relations commerciales ou contractuelles avec elle, d'entreprendre tout acte quelconque la discréditant auprès de tiers ou de sa clientèle de nature à entamer sa réputation commerciale, à ce qu'il soit ordonné à B_____ de restituer immédiatement tous les supports électroniques notamment mais non exclusivement ses ordinateurs et téléphones portables sur lesquels se trouvent les données en sa possession provenant de son

activité auprès d'elle, en particulier les documents visés dans ses pièces 20 à 28 et l'intégralité de leurs annexes, sous suite de frais.

A titre préalable, elle a requis la suspension de l'effet exécutoire attaché au jugement entrepris, ce à quoi la Cour a fait droit par arrêt du 19 janvier 2024.

Elle a formulé des allégués nouveaux et produit des pièces nouvelles portant sur des départs de clients, solvables, en octobre 2023, dont certains restaient lui devoir des honoraires, représentant un chiffre d'affaires de 128'952 fr. Elle a en particulier évoqué le cas d'un beneficial owner de structures qui aurait manifesté des changements d'attitude qu'elle a attribués au démarchage actif de B_____, C_____ (en produisant sous pièces 4 et 5 une correspondance entre elle-même et le précité de juillet et octobre 2022) et D_____ TRUSTEES SA. Elle a aussi allégué la communication par un client (dont le nom figurait dans la liste qu'il s'était transmise avant sa démission) qu'il avait été contacté, le 19 octobre 2023 par B_____ à une date postérieure à l'ordonnance superprovisionnelle rendue par le Tribunal des prud'hommes (dans les termes – traduits de l'anglais – suivants: "cela fait longtemps et j'aimerais rester en contact. J'espère que le processus de vente se déroule avec succès. N'hésitez pas à me contacter à tout moment s'il vous est utile d'avoir un point de vue extérieur").

B_____ a conclu à la confirmation de la décision entreprise, avec suite de frais et dépens. Il s'est prévalu de l'irrecevabilité des faits et pièces nouveaux de A_____ SA. Il a fait valoir qu'un des clients qui avait quitté celle-ci au profit de D_____ TRUSTEES SA avait expressément précisé son souhait de reprise de son dossier par C_____. Il a relevé que le démarchage évoqué par A_____ SA était fondé sur une pièce qui se rapportait à C_____ et non à lui-même. Il a contesté que son contact avec le client ait été un message "l'encourageant à reprendre contact avec lui".

Il a produit deux pièces nouvelles, soit une ordonnance de mesures provisionnelles du 21 août 2023 rendue par le Tribunal d'arrondissement de E_____ (VD) entre A_____ SA et F_____, ainsi que copie de l'arrêt ACJC/1449/2023 (aujourd'hui définitif), rendu entre A_____ SA et D_____ TRUSTEES SA, par la Cour statuant en qualité d'instance cantonale unique au sens de l'art. 5 al. 1 let. d CPC, le 31 octobre 2023. La requête de mesures provisionnelles formée par A_____ SA le 2 juin 2023, fondée sur les art. 3, 4 et 5 LCD avait été rejetée, l'existence d'un acte de concurrence déloyale n'ayant pas été rendue vraisemblable et la condition de l'urgence n'étant pas réalisée.

A_____ SA a encore déposé des déterminations, persistant dans ses conclusions.

Par avis du 26 mars 2024, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger.

C. Il résulte de la procédure les faits pertinents suivants:

- a. A_____ SA est une société anonyme inscrite au Registre du commerce genevois, qui a pour but la prestation de services dans le domaine du conseil en matière de constitution, contrôle et gestion de trusts, fondations et sociétés dans différentes juridictions ainsi que prestation de services et conseils juridiques, comptables et administratifs y relatifs.

G_____ en est l'administratrice présidente.

- b. En 2009, A_____ SA a édicté une directive interne intitulée "Electronic Communications Usage Policy". Celle-ci, rédigée en anglais, comporte notamment un passage dont les deux parties proposent une traduction divergente: "Il vous est interdit de vous transférer des emails professionnels vers une boîte mail externe" selon A_____ SA, "vous ne devez [...] pas mettre en place un renvoi automatique du courrier électronique de votre entreprise vers un compte de courrier électronique externe" selon B_____.
- c. A compter du 1^{er} novembre 2015, B_____ s'est engagé au service de A_____ SA en qualité de Trust Officer (Senior Trust Officer depuis le 1^{er} juin 2019).

Le contrat de travail conclu par les parties le 9 septembre 2015 comporte notamment la clause suivante: "Vous ne devez pas, pendant la durée de votre emploi ou après (quelle que soit la manière dont votre emploi prendra fin), utiliser à votre profit ou au profit de toute autre personne ou divulguer à toute personne des informations confidentielles relatives aux activités, aux affaires, aux intérêts ou à la situation financière de [A_____ SA] ou de l'une des filiales ou sociétés associées ou de toute personne, entreprise ou société avec laquelle [A_____ SA] ou toute filiale ou société associée est ou a été en relation. Pendant une période d'un an après la date de cessation de votre emploi, pour quelque raison que ce soit et quelle qu'en soit la cause, que ce soit pour votre propre compte ou pour celui d'une autre personne, d'une entreprise, d'une société ou d'une autorité, vous ne solliciterez pas ou ne détournerez de [A_____ SA], de l'une de ses filiales ou sociétés associées une personne, une entreprise, une société ou une autorité à qui [A_____ SA] ou l'une de ses filiales ou sociétés associées fournit des services et/ou des conseils, a fourni des services et/ou des conseils, à un moment quelconque au cours de la période de douze mois précédant immédiatement la cessation de votre emploi. Pendant une période d'un an à compter de la date de cessation de votre emploi, pour quelque raison que ce soit et quelle qu'en soit la cause, que ce soit pour votre propre compte pour celui d'une autre personne, entreprise, société ou autorité, vous ne solliciterez pas ni ne détournerez de [A_____ SA] ou de toute filiale ou société associée, toute personne, entreprise, société ou autorité qui sera alors ou qui, à tout moment au

cours de la période de douze mois immédiatement antérieure, a été un client de [A_____ SA] ou de toute filiale ou société associée et avec qui vous avez traité, pour des services ou des conseils de même nature".

Le 3 novembre 2015, B_____ a signé la directive interne "Electronic Communications Usage Policy".

- d. Le _____ 2022, a été inscrite au Registre du commerce genevois D_____ TRUSTEES SA (H_____ SA jusqu'au 2 février 2023; ci-après D_____ SA), qui a pour but tous services dans les domaines de l'incorporation et la gestion d'entités suisses ou étrangères, de la mise en place et de l'administration de trusts, des services de comptabilité et d'administration de structures patrimoniales et de conseils liés à la planification financière et fiscale en général à l'exception de la gestion de fortune.

Le 21 décembre 2022, elle a obtenu de la FINMA l'autorisation de qualité de trustee au sens de l'art. 2 al. 1 let. b LEFin.

C_____ (au service de A_____ SA jusqu'à sa démission du 27 septembre 2022 avec effet au 31 décembre 2022) en est devenu administrateur président à fin janvier 2023. I_____ (au service de A_____ SA jusqu'à sa démission du 29 août 2022 avec effet au 30 novembre 2022) en est administratrice (depuis janvier 2023). J_____ et F_____ (au service de A_____ SA jusqu'à leurs démissions respectives du 27 octobre 2022 avec effet au 31 janvier 2023 et du 23 février 2023 avec effet au 30 avril 2023) en sont devenus directeurs en février 2023 respectivement septembre 2023, la première ayant été nommée administratrice en février 2024.

- e. B_____ allègue que A_____ SA ne disposait pas des systèmes informatiques permettant d'accéder à sa messagerie professionnelle et à ses dossiers lorsqu'il télétravaillait (quatre à cinq jours par semaine en 2020, trois jours par semaine en 2021 et deux jours par semaine en 2022). Il avait dès lors décidé de transférer des documents sur sa messagerie personnelle, depuis 2016 à tout le moins. En particulier, il préparait des messages destinés à ses clients, qu'il envoyait par courriel sur sa messagerie personnelle, avant de les copier dans les applications Whatsapp ou Telegram. Il procédait de façon inverse pour les réponses reçues de ses clients. Cette manière de faire était commune au sein de l'équipe de A_____ SA et connue.

A_____ SA affirme que ses collaborateurs pouvaient se connecter à distance par un accès VPN, mis en place au début de la pandémie Covid-19. Elle conteste les allégués précités de B_____.

- f. A_____ SA allègue que depuis l'automne 2022, plusieurs de ses employés ont démissionné à la suite de son directeur commercial business developer avec rang

de vice-président, C_____, dont elle avait découvert, début 2023, qu'il avait créé D_____ SA. Cette société lui faisait une concurrence directe.

Elle allègue que, parallèlement, à compter de janvier 2023, elle a perdu 80 clients, dont les résiliations de contrats lui avaient été adressées par D_____ SA; le 20 janvier 2023, elle avait ainsi reçu 17 de ces résiliations. Par ailleurs, au début 2023, deux de ses anciennes employées avaient rejoint D_____ SA.

- g.** Par courriel du 15 février 2023, A_____ SA a communiqué à B_____ que son salaire annuel 2023 serait porté à 150'000 fr., en reconnaissance de son travail et de son investissement. Par mail du même jour, B_____ a remercié A_____ SA et annoncé qu'il s'efforcerait de conserver le maximum possible de clients.

Par courrier du 16 février 2023, A_____ SA a rappelé l'augmentation qu'elle avait consentie, représentant 10,41% et annoncé l'attribution à B_____ d'un bonus de 27'000 fr., ce dont ce dernier l'a remerciée par courriel du même jour.

- h.** Par courrier du 26 avril 2023, B_____ a annoncé démissionner avec effet au 30 juin 2023.

Par courriel du 11 mai 2023, A_____ SA s'est adressée en ces termes à B_____ : "J'ai pris bonne note de votre démission [...] Jusqu'au terme, vous restez toutefois tenu de remplir vos obligations professionnelles selon votre contrat de travail. Aussi, je vous rappelle que vous restez tenu par votre devoir de confidentialité et de discrétion tel qu'il est prévu dans votre contrat de travail et dans le code des obligations. Ce devoir n'est pas limité dans le temps. En outre, vous restez lié par les clauses de non-concurrence et de non-débauchage qui figurent dans votre contrat de travail. Je vous remercie par avance de me confirmer que vous prenez bonne note de ce qui précède".

Après un message de relance de A_____ SA requérant "la confirmation demandée dans [le] message" du 11 mai précédent, B_____ a, le 23 mai 2023, répondu en ces termes: "I acknowledge reception of your two e-mails [...]".

- i.** Fin mai 2023, A_____ SA a fait établir par une entreprise tierce un rapport (produit à la procédure en version largement caviardée) dont résulte selon elle que B_____ aurait transféré de son adresse de courriel professionnelle à son adresse de courriel personnelle 386 emails comportant des annexes "hautement confidentielles", dont 175 emails entre le 1^{er} novembre 2022 et le 7 juin 2023. Parmi les documents figurait une base de données relative à de nombreux clients de A_____ SA, soit 65 personnes (représentant 15% de sa clientèle) dont le dossier était géré par B_____.

A_____ SA allègue que sept des clients susvisés, représentant un chiffre d'affaires de 338'024 fr., ont résilié leur relation avec elle pour se diriger vers D_____ SA, et que la relation de trois autres de ces clients a été clôturée par B_____ entre fin 2022 et début 2023. Selon elle, en totalité 21 clients, représentant un chiffre d'affaires annuel de l'ordre de 427'530 fr., auraient transféré leur relation auprès de D_____ SA.

Elle allègue qu'elle ignorait l'existence de ladite liste de clients (transférée par B_____), alors même qu'elle avait questionné son auteur sur certains des éléments y figurant et n'avait obtenu que des réponses évasives. La liste n'avait donc été établie, à son insu, que dans le but de démarcher les clients et d'exploiter les informations y figurant, apprises durant les rapports de travail.

B_____ affirme que la liste des clients a été établie en vue du départ de C_____, et a été soumise à la directrice de A_____ SA lors d'une réunion à laquelle celle-ci assistait en décembre 2022. Il avait envoyé ce document sur sa messagerie personnelle en vue d'y avoir accès pendant ses heures de télétravail. Les dossiers de certains clients avaient été clôturés du fait de modifications fiscales en Espagne rendant inutiles les services de A_____ SA, et aucune clôture n'avait de lien avec le départ de C_____ ou le sien.

- j.** Par courriel du 9 juin 2023, A_____ SA a mis en demeure B_____ de lui restituer, avant le 13 juin suivant, tous documents et informations lui appartenant qu'il avait transférés à son adresse personnelle, ainsi que de lui fournir une attestation établie par un expert informatique de l'effacement de ceux-ci de son support informatique.

B_____ a reçu cet email. Il n'y a pas donné suite.

Par lettre du 13 juin 2023, A_____ SA a libéré B_____ de son obligation de travailler jusqu'au 30 juin suivant, et l'a prié de restituer jusqu'au lendemain sa clé des bureaux, ses mots de passe, son portable ou ordinateur, son imprimante, son smartphone et la carte SIM et tous autres documents, équipements et autres propriétés appartenant à la société ou une de ses sociétés affiliées et toutes copies dont elle aurait pu avoir connaissance.

B_____ ne s'est pas présenté à son poste de travail le 13 juin 2023, ni le 14 juin 2023. Il allègue que la raison en était un arrêt maladie de sa fille, ce qu'il avait communiqué par courriel à une collaboratrice de A_____ SA.

- k.** Le 16 juin 2023, A_____ SA a adressé au Tribunal une requête de mesures provisionnelles, par laquelle elle a conclu à ce qu'il soit fait interdiction à B_____, sous la menace de la peine prévue par l'art. 292 CP, d'exploiter, consulter, communiquer ou utiliser de quelque manière que ce soit pour son propre compte ou celui d'un tiers, les données en sa possession provenant de son

activité auprès d'elle, en particulier les documents visés en pièces 20 à 28 ainsi que l'intégralité de leurs annexes, de contacter de quelque manière que ce soit, en agissant directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour celui d'un tiers, ses clients ou employés aux fins de les inciter à modifier de quelque manière que ce soit leurs relations commerciales ou contractuelles avec elle, d'entreprendre tout acte quelconque la discréditant auprès de tiers ou de sa clientèle de nature à entamer sa réputation commerciale, à ce qu'il soit ordonné à B_____ de déposer immédiatement, soit au lendemain de l'ordonnance, auprès du Tribunal tous les supports électroniques notamment mais non exclusivement ses ordinateurs et téléphones portables sur lesquels se trouvaient des données en sa possession provenant de son activité auprès d'elle en particulier les documents visés en pièces 20 à 28 et l'intégralité de leurs annexes, sans sûretés, avec suite de frais.

A titre superprovisionnel, elle a articulé les mêmes conclusions, auxquelles il a été fait droit par ordonnance du Tribunal du 21 juin 2023.

B_____ a conclu au déboutement de A_____ SA des fins de ses conclusions, sous suite de frais et dépens.

Les parties ont ensuite déposé des pièces nouvelles, et se sont déterminées dans plusieurs écritures, y compris postérieurement à l'avis du Tribunal du 21 juin 2023 les informant que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable contre les décisions de première instance sur mesures provisionnelles si la valeur litigieuse est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. b et al. 2 CPC).

En l'espèce, la valeur litigieuse des mesures provisionnelles requises est supérieure à 10'000 fr. compte tenu de la peine conventionnelle prévue dans la clause de non-concurrence d'au minimum 15'000 fr. par violation commise, de sorte que la voie de l'appel est ouverte.

2. L'instance d'appel revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC). Les mesures provisionnelles étant soumises à la procédure sommaire (art. 248 lit. d CPC), avec administration restreinte des moyens de preuve (la preuve étant généralement apportée par titre, art. 254 CPC), la cognition du juge est toutefois limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit (ATF 131 III 473 consid. 2.3; 127 III 474 consid. 2b/bb; arrêt du Tribunal fédéral 5A_442/2013 du 24 juillet 2013 consid. 2.1 et 5.1). Compte tenu de la valeur litigieuse supérieure à 30'000 fr., les maximes des débats et de disposition s'appliquent (art. 55 al. 1 cum 247 al. 1 let. b ch. 2 CPC et 58 al. 1 CPC).

-
3. Pour satisfaire à l'obligation de motivation résultant de l'art. 311 al. 1 CPC, l'appelant doit démontrer le caractère erroné de la motivation de la décision attaquée et son argumentation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision qu'il attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1).

Même si l'instance d'appel applique le droit d'office (art. 57 CPC), le procès se présente différemment en seconde instance, vu la décision déjà rendue. L'appelant doit donc tenter de démontrer que sa thèse l'emporte sur celle de la décision attaquée. Il ne saurait se borner à simplement reprendre des allégués de fait ou des arguments de droit présentés en première instance, mais il doit s'efforcer d'établir que, sur les faits constatés ou sur les conclusions juridiques qui en ont été tirées, la décision attaquée est entachée d'erreurs. Il ne peut le faire qu'en reprenant la démarche du premier juge et en mettant le doigt sur les failles de son raisonnement. A défaut, son recours est irrecevable. Ainsi, lorsque la motivation de l'appel est identique aux moyens qui avaient déjà été présentés en première instance, avant la reddition de la décision attaquée, ou si elle ne contient que des critiques toutes générales de la décision attaquée ou encore si elle ne fait que renvoyer aux moyens soulevés en première instance, elle ne satisfait pas aux exigences de l'art. 311 al. 1 CPC et l'instance d'appel ne peut entrer en matière (arrêt du Tribunal fédéral 4A_463/2023 du 24 avril 2024 consid. 4.1 et les références citées).

La motivation d'un acte d'appel doit être entièrement contenue dans le mémoire d'appel lui-même. Elle ne peut être complétée ou corrigée ultérieurement. Si elle fait défaut, la juridiction d'appel n'entre pas en matière. Il en va de même pour les conclusions d'appel. En effet, il ne peut être remédié à un défaut de motivation ou à des conclusions déficientes, de tels vices n'étant pas d'ordre formel et affectant l'appel de manière irréparable, ce même si le mémoire émane d'une personne sans formation juridique (arrêt du Tribunal fédéral 5A_959/2023 du 23 janvier 2024 consid. 3.2. et les références citées).

En l'occurrence, interjeté dans le délai prescrit (art. 130, 131, 314 al. 1 CPC), l'appel est recevable, sous réserve de ce qui suivra quant à sa motivation.

4. L'appelante a allégué des faits nouveaux, soit survenus après que le Tribunal avait annoncé garder la cause à juger.

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

(let. b). Ces conditions sont cumulatives (arrêt du Tribunal fédéral 5A_456/2016 du 28 octobre 2016 consid. 4.1.1).

S'agissant des vrais nova, la condition de nouveauté est sans autre réalisée et seule celle d'allégation immédiate doit être examinée. En ce qui concerne les pseudo nova, il appartient au plaideur qui entend les invoquer devant l'instance d'appel de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise, ce qui implique notamment d'exposer précisément les raisons pour lesquelles le moyen de preuve n'a pas pu être produit en première instance (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1).

En l'occurrence, la recevabilité des faits nouveaux allégués peut demeurer indéterminée, ceux-ci étant en tout état dépourvus de pertinence dans le cadre de l'examen de la vraisemblance opéré ci-dessus.

5. L'appelante reproche au Tribunal de ne pas avoir donné droit à ses conclusions.

5.1 Selon l'art. 261 al. 1 CPC, le Tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire remplit les conditions suivantes: elle est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (let. a); cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (let. b).

L'octroi de mesures provisionnelles suppose la vraisemblance du droit invoqué. Le requérant doit ainsi rendre vraisemblable que le droit matériel invoqué existe et que le procès a des chances de succès (arrêt du Tribunal fédéral 5P.422/2005 consid. 3.2 in SJ 2006 I p. 371; BOHNET, in Commentaire romand, Code de procédure civile, 2019, n. 7 ad art. 261 CPC). Il doit donc également rendre vraisemblable une atteinte au droit ou son imminence (BOHNET, op. cit., n. 10 ad art. 261 CPC).

Est difficilement réparable le préjudice qui sera plus tard impossible ou difficile à mesurer ou à compenser entièrement. Entre notamment dans ce cas de figure la perte de clientèle (arrêt du Tribunal fédéral 4A_611/2011 du 3 janvier 2012 consid. 4.1; SPRECHER, in Commentaire bâlois, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3ème éd., 2017, n. 34 ad art. 261 CPC; DIETSCHY, Les conflits de travail en procédure civile suisse, 2011, n. 461, p. 226).

Le préjudice difficilement réparable suppose l'urgence (BOHNET, op. cit., n. 12 ad art. 261 CPC; cf. également Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse, p. 6961), qui y est implicitement contenue (HUBER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, SUTTER-SOMM et al., 3ème éd., 2016, n. 22 ad art. 261). Celle-ci est en principe admise lorsque le demandeur pourrait subir un dommage économique ou immatériel s'il devait attendre qu'une décision au fond soit rendue dans une procédure ordinaire (ATF 116 Ia 446 consid. 2 in JdT 1992 I p. 122). Toutefois, l'urgence apparaît comme

une notion juridique indéterminée, dont le contenu ne peut être fixé une fois pour toutes. Il appartient au juge d'examiner de cas en cas si cette condition est réalisée, ce qui explique qu'il puisse se montrer plus ou moins exigeant suivant les circonstances (arrêts du Tribunal fédéral 4P.263/2004 consid. 2.2, RSPC 2005 p. 414 et 4P.224/1990 consid. 4c in SJ 1991 p. 113). Alors même que les mesures provisionnelles sont subordonnées à l'urgence, le droit de les requérir ne se périmé pas, mais la temporisation du requérant durant plusieurs mois à dater de la connaissance du dommage ou du risque peut signifier qu'une protection n'est pas nécessaire, voire qu'elle peut constituer un abus de droit (arrêts du Tribunal fédéral 4P_263/2004 du 1er février 2005 consid. 2.1; 4P_224/1990 du 28 novembre 1990 consid. 4c in SJ 1991 p. 113).

Le juge doit procéder à la mise en balance des intérêts contradictoires en présence, c'est-à-dire à l'appréciation des désavantages respectifs en découlant pour le requérant et pour l'intimé, selon que la mesure requise est ordonnée ou refusée (ATF 131 III 473 consid. 2.3; DIETSCHY, op. cit., n. 462, p. 227; HOHL, Procédure civile, Tome II, 2ème éd., 2010, n. 1780).

Celui qui requiert des mesures provisionnelles doit rendre vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire est l'objet d'une atteinte - ou risque de l'être -, et qu'il s'expose de ce fait à un préjudice difficilement réparable (art. 261 al. 1 CPC). Un fait est rendu vraisemblable si le juge, en se basant sur des éléments objectifs, a l'impression que le fait invoqué s'est produit, sans pour autant devoir exclure la possibilité qu'il ait pu se dérouler autrement (ATF 132 III 715 consid. 3.1; 130 III 321 consid. 3.3 p. 325); le juge peut en outre se limiter à un examen sommaire des questions de droit (ATF 131 III 473 consid. 2.3; 108 II 69 consid. 2a).

- 5.2** Selon l'art. 321a CO, le travailleur doit sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur (al. 1). Pendant la durée du contrat, il ne doit pas utiliser ni révéler des faits destinés à rester confidentiels, tels que les secrets de fabrication et d'affaires dont il a pris connaissance au service de l'employeur; il est tenu de garder le secret même après la fin du contrat en tant que l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur (al. 4). Si le travailleur contrevient à ses obligations, il répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence (art. 321e al. 1 CO).

Pour être qualifiées de secrets d'affaires ou de fabrication, les connaissances acquises par le travailleur doivent toucher à des questions techniques, organisationnelles ou financières, qui sont spécifiques et que l'employeur veut garder secrètes; il ne saurait s'agir de connaissances qui peuvent être acquises dans toutes les entreprises de la même branche (ATF 138 III 67 consid. 2.3.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_31/2010 du 16 mars 2010 consid. 2.1, rés. in JdT 2011 II 220). La connaissance de la clientèle ne lui est pas assimilée; elle ne saurait en

aucun cas constituer l'un de ces secrets particuliers que le travailleur devrait garder même après la fin du contrat de travail (art. 321a al. 4 CO; ATF 138 III 67 consid. 2.3.2).

Lorsqu'un employé envisage de se mettre à son compte ou de fonder avec d'autres une entreprise concurrente, il est en soi légitime qu'il puisse entreprendre des préparatifs avant que le contrat de travail ne prenne fin; son devoir de fidélité lui interdit cependant de commencer à concurrencer son employeur, de débaucher des employés ou de détourner de la clientèle avant la fin de la relation de travail (ATF 117 II 72 consid. 4). La limite entre les préparatifs admissibles et un véritable détournement de la clientèle n'est pas toujours facile à tracer (ATF 138 III 67 consid. 2.3.5).

- 5.3** Selon l'art. 339a al. 1 CO (qui est de droit absolument impératif en vertu de l'art. 361 CO), au moment où le contrat de travail prend fin, les parties se rendent tout ce qu'elles se sont remis pour la durée du contrat, de même que tout ce que l'une d'elles pourrait avoir reçu de tiers pour le compte de l'autre.

Pour le travailleur, cette obligation de restitution découle de son devoir de fidélité (art. 321a CO). Déjà en cours de contrat, ce devoir oblige l'employé à rendre compte et à remettre à son employeur notamment tous les documents qu'il reçoit pour le compte de celui-ci (art. 321b al. 1 CO; JEAN-PHILIPPE DUNAND, in Commentaire du contrat de travail, 2e ed. 2022, no 8 ad art. 321b CO), de même que tous les documents qu'il produit dans le cadre de son travail, le résultat de son activité professionnelle appartenant à l'employeur (art. 321b al. 2 CO; DUNAND, op. cit., no 13 ad art. 321b CO; arrêt du Tribunal fédéral 4A_310/2007 du 4 décembre 2007 consid. 5.1). Puis, après la fin du contrat, le devoir de confidentialité, qui perdure après la fin des rapports de travail (art. 321a al. 4 CO), impose au travailleur la même obligation de restitution, laquelle s'étend aux copies de documents, afin notamment de prévenir un risque de violation de secrets d'affaires ou de détournement de la clientèle de l'employeur. Une telle prétention peut exister indépendamment de l'éventuel droit d'interdire à l'ex-employé d'exercer une activité concurrente (cf. art. 340b al. 3 CO) (REMY WYLER, Droit du travail, 4e éd. 2013, p. 884; cf. l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_611/2011 du 3 janvier 2012 consid. 4.3, rendu en application de l'art. 98 LTF).

- 5.4** En l'espèce, l'appelante soutient qu'elle serait titulaire de prétentions fondées sur l'art. 321a al. 4 CO, sur l'art. 28 CC et sur l'art. 339a al. 1 CO.
- 5.4.1** S'agissant des trois premières de ces prétentions, le Tribunal a retenu que les éléments présentés par l'appelante ne rendaient pas vraisemblable une atteinte à celles-ci.

Il est admis que l'intimé, dont les rapports de travail avec l'appelante se sont achevés au 30 juin 2023, a procédé à des envois de courriels et de documents liés

à sa messagerie professionnelle sur sa messagerie personnelle, durant une longue période de son emploi. L'appelante affirme que, fort des informations ainsi acquises, l'intimé s'apprêtait à les exploiter et à les communiquer à des tiers, une fois le contrat de travail parvenu à son terme. Au vu de la longue période considérée, et du fait non contesté que d'autres employés procédaient de la même façon que l'intimé s'agissant de messages (assortis ou non d'annexes considérées comme confidentielles), le but premier du procédé paraît relever davantage d'une nécessité professionnelle que de la préparation d'un emploi futur au service d'un concurrent. Certes, parmi les documents considérés, figure une liste de clients, dont l'appelante ne rend pas vraisemblable qu'elle n'aurait pas pu servir au travail de l'intimé durant son emploi; elle paraît au contraire utile à ces fins. Les circonstances dont se prévaut l'appelante ne rendent donc pas vraisemblable l'atteinte alléguée.

L'appelante reproche aussi aux premiers juges de ne pas avoir vu dans la formulation réservée par l'intimé à la réponse qu'il lui avait adressée le 23 mai 2023 une trace d'intention de violer ses obligations de fidélité. Cette formulation ne révèle cependant rien de pertinent: si effectivement l'intimé n'a pas suivi scrupuleusement les termes que l'appelante l'invitait à utiliser, il n'est pas rendu vraisemblable qu'il aurait sciemment et à dessein recherché une autre expression à la signification supposément plus neutre voire distincte, surtout lorsque l'on prend en considération que l'appelante et l'intimé n'ont pas correspondu dans une langue commune (français pour la première, anglais pour le second). Quand bien même l'intimé aurait agi avec conscience et volonté, on peine à entrevoir quel argument l'appelante pourrait en déduire; cas échéant, ne pas exprimer que l'on connaît ses obligations est sans effet sur d'éventuels respect ou transgression futurs desdites obligations, contrairement à ce qu'affirme l'appelante.

Cette dernière fait encore grand cas d'un échange intervenu le 6 avril 2022 (qu'elle a daté, dans sa demande, improprement du 4 mars 2023), dont la teneur, rédigée en espagnol, semble relever davantage d'une plaisanterie que d'un contact professionnel sérieux. En tout état, on ne distingue pas ce qui pourrait en être déduit de pertinent en l'espèce, sinon un lien existant bien avant la fin des rapports de travail entre l'intimé et C_____. La mauvaise foi quant à l'utilisation des données que l'appelante prête à l'intimé sur la base de l'échange précité ne convainc pas ni ne rend vraisemblable le prétendu démarchage actif et généralisé de la clientèle.

Pour le surplus, l'appelante ne s'attache pas à développer une critique précise du raisonnement des premiers juges, ce qui rend le grief partiellement irrecevable faute d'une motivation suffisante.

Le résultat auquel est parvenu le Tribunal est ainsi fondé.

L'appelante n'expose pas ce qu'il y aurait lieu de déduire, s'agissant de l'intimé, de la correspondance qu'elle a entretenue avec C_____ en juillet et novembre 2022, soit bien avant la fin des rapports de travail de l'intimé (pièces 4 et 5 déposées en appel), étant rappelé que d'éventuels nouveaux éléments résultant de la réplique ne sont pas admissibles. Seul le fait nouveau se rapportant au message d'octobre 2023, dont la contestation de l'intimé s'agissant de sa signification uniquement ne convainc guère au vu de son texte sans équivoque, est de nature à soutenir, sous l'angle de la vraisemblance, le risque d'atteinte évoqué par l'appelante. S'agissant d'un unique élément allant dans ce sens, qui n'a pas engendré de conséquences pour l'appelante (auquel le client a rapporté le fait), et surtout postérieur de plusieurs mois au dépôt de la requête et partant loin de fonder l'urgence alléguée (sans même évoquer qu'il date maintenant de près de dix mois), il n'y a pas à réformer la décision de première instance.

5.4.2 A bien la comprendre, l'appelante fonde la même conclusion en interdiction d'utilisation d'informations relatives à la clientèle obtenues dans le cadre de l'emploi sur son droit découlant de l'art. 28 CC, voyant un risque d'atteinte à sa personnalité sociale et à sa réputation dans un possible traitement illicite des données qu'elle qualifie de "dérobées", ainsi qu'à ses intérêts financiers, en raison de la rupture du lien de confiance avec sa clientèle.

Ainsi, au vu des développements qui précèdent, pour autant qu'il soit suffisamment motivé, le grief est infondé.

5.4.3 En ce qui concerne la dernière prétention, les premiers juges ont retenu à raison que l'appelante était au bénéfice d'un droit à la restitution des données découlant de l'activité professionnelle de l'intimé en son sein. Ils ont écarté les conclusions de l'appelante, pour des motifs de proportionnalité et de manque d'intérêt privé prépondérant. Ce second motif n'est, comme le souligne l'intimé, pas critiqué; compte tenu de son absence de pertinence, il n'y a pas lieu de considérer l'appel comme irrecevable à cet égard. Au demeurant, il apparaît que la conclusion a été modifiée en appel puisqu'elle tend nouvellement à une restitution desdits supports. Autant que cette modification de conclusion soit recevable, en retenant qu'elle procéderait d'une réduction (cf arrêts du Tribunal fédéral 5A_621/2012 du 20 mars 2013 consid. 4.3.2 et 5A_456/2016 du 28 octobre 2016 consid. 4.2.2), il y a lieu d'observer ce qui suit. L'appelante ne dispose d'aucun droit sur les supports de ceux-ci (ordinateurs et téléphones portables) dont elle ne prétend pas qu'ils lui appartiendraient. A cet égard, les premiers juges ont pertinemment relevé que la proportionnalité commanderait une mesure moins incisive, telle que la remise des documents litigieux sur clé USB avec garantie de n'en avoir pas conservé copie, ce à quoi il aurait sans doute pu être fait droit, pour autant qu'il ait été considéré que la formulation inappropriée de la conclusion en question (désormais rectifiée en appel) n'y faisait pas obstacle. L'appelante faisant cependant valoir expressément ne pouvoir envisager "une mesure adéquate moins incisive que celle

sollicitée dans sa conclusion", la question de la proportionnalité ne sera pas examinée plus avant dans le sens esquissé par le Tribunal. L'intérêt de l'appelante à obtenir le retour de copie de données, alors qu'elle entend en réalité faire en sorte que l'intimé ne les exploite pas, n'apparaît au reste pas clairement.

6. En définitive, au vu de ce qui précède, la décision attaquée sera confirmée.
7. L'appelante, qui succombe, supportera les frais de son appel (art. 106 al. 1 CPC). Ceux-ci seront arrêtés à 1'000 fr. (art. 71 RTFMC), compensés avec l'avance opérée, acquise à l'ETAT DE GENEVE.

Il n'est pas alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel formé par A_____ SA contre le jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 22 décembre 2023.

Au fond :

Confirme ce jugement.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais:

Arrête les frais d'appel à 1'000 fr., compensés avec l'avance opérée, acquise à l'ETAT DE GENEVE.

Les met à la charge de A_____ SA.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Madame Sylvie DROIN, présidente; Monsieur Pierre-Alain L'HÔTE, Madame Filipa CHINARRO, juges assesseurs; Madame Fabia CURTI, 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.