REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/14493/2019-3 **CAPH/174/2021**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 8 SEPTEMBRE 2021

Entre

A_____ SA, sise _____ [BE], appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 5 octobre 2020, comparant par Me Gabriel AUBERT, avocat, rue François-Versonnex 7, 1207 Genève, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B_____, domicilié _____ (Genève), intimé, comparant par Me Aline BONARD, avocate, place Benjamin-Constant 2, case postale 5624, 1002 Lausanne, en l'Étude de laquelle il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 21 septembre 2021.

EN FAIT

A. Par jugement JTPH/323/2020 du 5 octobre 2020, reçu par A_____ SA le 6 octobre 2020, le Tribunal des Prud'hommes a déclaré recevable la demande formée le 3 décembre 2019 par B_____ à l'encontre de A_____ SA (chiffre 1 du dispositif) et réservé la suite de la procédure (ch. 2).

Le Tribunal a considéré qu'il était compétent *ratione loci* pour connaître de la demande formée par B_____, l'objet du litige présentant des liens de rattachement plus étroits avec le canton de Genève qu'avec le canton de Berne. Le demandeur, membre de la direction et responsable du marché international, qui habitait déjà à Genève avant d'être engagé par la défenderesse, avait été recruté par cette dernière pour s'occuper du marché français, pays dans lequel il était amené à voyager souvent et situé plus proche de son domicile que de Berne. Il ne disposait pas d'un bureau individuel à Berne mais partageait un bureau avec d'autres membres du personnel. Il bénéficiait en revanche à son domicile à Genève d'une place complète de télétravail, aménagée par les informaticiens de son employeur, qui constituait un véritable lieu dédié à son activité pour le compte de celui-ci. Le Tribunal a par ailleurs retenu que lorsque le demandeur n'était pas en déplacement à l'étranger, il travaillait principalement à Genève, et seulement deux à quatre jours par mois à Berne, où il assistait aux réunions du comité de direction et aux séances bilatérales avec son supérieur hiérarchique.

B. **a.** Par acte expédié le 5 novembre 2020 à la Cour de justice, A_____ SA forme appel contre le jugement précité, dont elle requiert l'annulation. Elle conclut à ce que la Cour dise que les tribunaux genevois ne sont pas compétents à raison du lieu pour connaître du litige, que les frais de la procédure soient mis à charge de l'intimé et que celui-ci soit débouté de toutes ses conclusions.

Elle considère que le Tribunal a violé l'art. 34 al. 1 CPC et la jurisprudence récente du Tribunal fédéral (ATF 4A_131/2019 du 11 septembre 2019) en ne prenant en considération dans son raisonnement que les aspects quantitatifs, soit la présence de l'intimé à un lieu de travail ou un autre, en omettant les aspects qualitatifs, soit notamment le fait que l'intimé était un dirigeant de très haut niveau, en contact permanent avec le siège de la société à Berne. Une analyse complète de la situation aurait dû le conduire à rejeter sa compétence *ratione loci* pour connaître du litige. Elle estime également que le Tribunal a omis d'examiner l'argument qu'elle avait soulevé, soit le fait qu'à trois reprises, dans les documents contractuels qu'il avait signés, l'intimé avait considéré Berne comme son lieu de travail et qu'il commettait ainsi un abus de droit (art. 2 CC) en plaidant que son lieu de travail serait situé à Genève.

b. Dans sa réponse du 16 décembre 2020, B_____ conclut à la confirmation du

jugement attaqué.

Il considère que le lieu en Suisse depuis lequel il exerçait son activité principale était, tant du point de vue qualitatif que quantitatif, son domicile situé dans le canton de Genève. S'agissant de la clause indiquant dans le contrat de travail de l'intimé, et ses mises à jour successives, que le lieu de travail du salarié se situait à Berne, elle ne correspondait pas à la réelle et commune intention des parties.

c. A_____ SA a répliqué le 11 janvier 2021, persistant dans ses conclusions.

d. Par courrier du 14 janvier 2021, B_____ a renoncé à dupliquer.

e. Les parties ont été informées par avis du greffe du 19 janvier 2021 de ce que la cause était gardée à juger.

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

a. A_____ SA est une société anonyme de droit suisse, dont le siège social se situe à Berne. Son but est notamment la direction (management et exploitation) d'une entreprise globale de transport dans le domaine du transport des personnes et des biens et du tourisme en Suisse et à l'étranger.

b. B_____, domicilié à C_____ (Genève), a été engagé par A_____ SA, par contrat de travail à durée indéterminée signé entre les parties le 31 janvier 2011, en qualité de responsable du marché international, avec entrée en fonction le 1er mai 2011.

L'art. 4 dudit contrat spécifie que le lieu de travail de l'employé se situe à Berne et que, dans le cadre de ses tâches et de sa fonction, il peut être amené à exercer son activité professionnelle ailleurs en Suisse ou à l'étranger.

c. Le 17 janvier 2012, A_____ SA et B_____ ont signé un accord de télétravail en vue de régler le contenu, l'étendue et la durée de la pratique du télétravail par l'employé, laquelle était encadrée par la directive sur le télétravail de l'entreprise du 21 novembre 2008, en vigueur dès le 1er janvier 2009. L'art. 2 de l'accord prévoyait l'installation d'une place de travail au domicile de B_____ à C_____ (Genève). L'art. 4 indiquait que l'employé disposait en outre d'une place de travail au siège de l'entreprise à Berne. L'art. 5 précisait que le lieu de travail de l'employé restait toutefois déterminé par le contrat individuel de travail.

d. Le 12 mai 2016, A_____ SA et B_____ ont signé un nouveau contrat de travail, en tous points identiques à celui du 31 janvier 2011, en raison d'un transfert d'exploitation.

e. B_____ a été membre de la direction de A_____ SA, avec pouvoir de signature collective à deux, du 7 septembre 2011 au 3 juillet 2018.

f. Par courrier du 11 juin 2018, A_____ SA a licencié B_____ avec effet au 31 décembre 2018, tout en le libérant immédiatement de son obligation de travailler.

g. B_____ s'est opposé à son licenciement par courrier recommandé du 28 novembre 2018.

h. Par requête de conciliation déposée le 24 juin 2019 à l'Office postal, B_____ a assigné A_____ SA à Genève au paiement de la somme de 321'727 fr. 85.

Par courrier du 3 septembre 2019, A_____ SA a immédiatement contesté la compétence *ratione loci* des tribunaux genevois pour connaître du litige.

L'audience de conciliation du 4 septembre 2019 s'étant soldée par un échec, une autorisation de procéder a été délivrée à B_____.

i. Par demande ordinaire adressée le 3 décembre 2019 au Tribunal des Prud'hommes de Genève, B_____ a assigné A_____ SA en paiement de la somme totale de 321'727 fr. 85 due aux titres de rémunération variable et de l'application du plan social aux cadres de l'entreprise, se décomposant en la somme de 222'802 fr. 85 brut, sous déduction des charges sociales, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1er mai 2018 sur le montant de 63'300 fr., et dès le 1er janvier 2019 sur le solde, et en la somme de 98'925 fr. net, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1er janvier 2019.B_____ a allégué avoir signé le 17 janvier 2012 un avenant à son contrat de travail du 31 janvier 2011, prévoyant l'installation d'une place de travail à son domicile à C_____ (Genève), laquelle avait été installée par les services du groupe H_____. Il indiquait se rendre deux à quatre jours par mois à Berne, deux à quatre jours par mois en France et en Belgique et effectuer l'essentiel de son travail depuis son domicile, où il tenait également régulièrement des réunions professionnelles. Il ne disposait pas, contrairement aux autres membres de la direction, d'un bureau individuel dans les locaux de l'entreprise à Berne et était essentiellement actif dans les activités internationales de l'entreprise. Son lieu de travail se trouvait donc à son domicile de C_____ dans le canton de Genève, et non dans le canton de Berne.

j. Dans son mémoire-réponse du 19 février 2020, A_____ SA a soulevé une exception d'incompétence à raison du lieu du Tribunal saisi et conclu, en tout état, au déboutement de B_____ de toutes ses conclusions. A_____ SA a précisé que B_____ était membre de la direction et responsable du marché international de

l'entreprise, en particulier de la France, et qu'aux termes de son contrat de travail et de l'accord de télétravail signés entre les parties, son lieu de travail était situé à Berne. Elle a allégué que B_____ avait été autorisé à travailler partiellement à son domicile dans le canton de Genève mais que, selon la politique de l'entreprise, le télétravail ne pouvait qu'être accessoire, soit environ un jour par semaine. L'employé appartenait au conseil d'administration de sociétés du groupe, soit cinq sociétés suisses et 18 sociétés françaises. Compte tenu de ses fonctions, il exerçait ses activités à Berne, en France et à Genève, où il était domicilié. Il disposait en permanence, et en raison de son statut de membre de la direction, d'un bureau personnel à Berne. Il assistait tous les quinze jours à une séance de direction et chaque semaine à un entretien avec son supérieur hiérarchique et directeur général de l'entreprise à Berne. Il participait également aux séances de différentes commissions et aux séances relatives à la préparation du budget à Berne.

k. B_____ s'est déterminé sur la question de la compétence *ratione loci* du Tribunal dans un écrit du 14 avril 2020. Il a précisé que l'accord de télétravail entré en vigueur le 1er janvier 2012 ne prévoyait pas de limitation s'agissant du temps de travail à effectuer à domicile, respectivement ailleurs. Il n'avait jamais disposé d'un bureau individuel à Berne. Quant aux réunions avec son supérieur hiérarchique à Berne, prévues à fréquence mensuelle, elles étaient annulées une fois sur deux par ce dernier. B_____ tenait régulièrement des réunions d'équipe ou des réunions avec d'autres services, tels que les finances ou les ressources humaines, à son domicile. Il se rendait en Belgique essentiellement pour siéger, puis présider, la Commission D_____, et en France, pour assister ou présider des réunions au siège et dans les filiales de A_____ France, ainsi que pour siéger à la Commission E_____ à F_____. Sur une durée d'un mois, il travaillait deux à quatre jours à Berne, deux à quatre jours en France, deux à quatre jours en Belgique et huit à quatorze jours depuis son domicile genevois.

l. A_____ SA s'est faite représenter lors de son audition devant le Tribunal par G_____, employée au sein du groupe juridique H_____, dont fait partie A_____ SA. Elle ne savait pas comment B_____ répartissait son temps de travail. Selon elle, il disposait d'un bureau individuel à Berne, comme tous les autres membres de la direction. Le télétravail avait été mis en place par le groupe H_____ en 2007-2008, mais de manière limitée, soit en principe un jour par semaine.

m. Lors de son audition par le Tribunal, B_____ a précisé avoir été recruté par un chasseur de têtes alors qu'il occupait la fonction de directeur financier au sein [de] I_____. Il habitait à cette époque déjà à Genève, lieu où ses enfants étaient scolarisés. Il avait précisé souhaiter demeurer domicilié à Genève. Cela n'avait pas posé de problème à A_____ SA qui recherchait un responsable des activités à l'étranger, et notamment en France. Il avait été convenu dès le départ qu'il ne se

rendrait à Berne que deux fois par mois, toutes les deux semaines le mardi matin pour assister aux réunions de direction qui ne duraient en général que la matinée. Il avait également une réunion avec son supérieur ou ses collaborateurs l'après-midi, la veille ou le lendemain, de sorte qu'il passait deux jours tous les quatorze jours à Berne. Au début de son activité, il était très souvent en déplacement en France et, par la suite, il travaillait quatre à cinq jours par mois dans ce pays. Il représentait également régulièrement A_____ SA auprès d'organisations internationales dans le domaine du transport en France, en Belgique et en Allemagne. Il était ainsi quatre à cinq jours par mois à l'étranger et passait environ 50% de son temps de travail à son domicile à C_____. En 2018, il gérait trois collaborateurs à Berne, 1'200 en France et aucun à Genève. Il rencontrait ses collaborateurs lorsqu'il se rendait à Berne toutes les deux semaines et collaborait avec eux le reste du temps par téléphone ou courriels. Il lui arrivait, environ une fois par mois, d'organiser des réunions à son domicile avec ses collaborateurs, ou encore des réunions avec le service financier, les ressources humaines ou l'équipe dirigeante de A_____ France. Il partageait à Berne un bureau avec J_____.

J_____, employé de A_____ SA depuis juin 2011 en qualité de responsable du développement du marché international jusqu'en novembre 2018, entendu comme témoin, a confirmé qu'il partageait un bureau à Berne avec B_____. Ce dernier se rendant cependant rarement à Berne, il disposait pratiquement en fait d'un bureau individuel. B_____ était à cette époque son supérieur hiérarchique direct. Il passait deux à trois jours par mois à Berne et une grande partie de son temps en France dès lors qu'il était responsable du marché français et qu'il avait des mandats de représentation auprès de l'Union K_____, basée à L_____, mais dont les réunions avaient lieu dans d'autres pays. Il voyageait à l'étranger 50 à 60 % de son temps. Il travaillait depuis son domicile pour le surplus, hormis les deux ou trois jours mensuels passés à Berne. Les membres de la direction de A_____ SA se réunissaient en principe toutes les deux semaines à Berne et B_____ assistait en sus à des réunions bilatérales régulières avec son supérieur, M_____, parfois en présentiel à Berne, parfois par téléphone, chaque semaine ou toutes les deux semaines. Durant les sept années de travail de B_____ auprès de l'entreprise, seules trois personnes de leur équipe étaient basées à Berne, soit les employées N_____ et O_____ et lui-même. La part des activités de B_____ à l'étranger avait augmenté avec le temps en raison, d'une part, de l'augmentation des activités de l'entreprise en France et, d'autre part, du fait que B_____ avait progressivement pris des responsabilités au sein des organisations internationales de transport. À sa connaissance, B_____ ne tenait pas de réunions à son domicile avec les autres membres de la direction de A_____ SA. Ces derniers disposaient tous d'un bureau individuel à Berne, sauf B_____, et peut-être Q_____, directeur responsable du marché Est de la Suisse, lequel disposait probablement d'un bureau dans les locaux saint-gallois de l'entreprise. Lui-même pratiquait le télétravail, environ un jour par semaine en moyenne. La pratique de l'entreprise

était d'autoriser le télétravail un jour par semaine, pour autant que cela n'empiète pas le bon fonctionnement du travail. En résumé, selon lui, sur une période d'un mois, B_____ travaillait deux à quatre jours à Berne, environ six jours en France, deux à quatre jours en Belgique ou en Allemagne, et le reste du temps à son domicile. N_____, employée de A_____ SA de 2003 à 2019 dans le domaine de la communication et du marketing de la division internationale, a confirmé que B_____ partageait un bureau à Berne avec J_____. Le premier nommé n'était pas souvent à son bureau de Berne ; il participait à la réunion du comité de direction ayant lieu toutes les deux semaines à Berne. R_____, membre de la direction de la région Ouest et président de A_____ France, entendu en qualité de témoin, a indiqué qu'il siégeait avec B_____ tous les quinze jours à Berne à l'occasion des réunions du comité de direction, et le rencontrait deux à trois jours par mois lors de réunions à l'étranger ou à son domicile dans le canton de Genève. Tous deux faisaient partie des cadres de l'entreprise qui n'avaient pas de bureau individuel à Berne, toute l'équipe de A_____ France partageant le même bureau. M_____ préférait les voir travailler dans leur région respective, soit T_____ [JU] le concernant, et Genève pour B_____. Au moment de l'engagement de celui-ci, il était absolument clair que le bureau de B_____ serait à Genève car la direction de A_____ France se trouvait à P_____ (France). Il avait personnellement suivi le recrutement de B_____ et savait, tout comme M_____, que B_____ était le responsable des finances [de] I_____ et qu'il avait demandé à travailler depuis Genève. B_____ travaillait deux jours par mois à Berne, 50% à l'étranger et le reste du temps à son domicile genevois. Il organisait même des réunions à son domicile, ce qui était très apprécié par les collaborateurs de A_____ France. Il participait également à des réunions bilatérales avec M_____ environ deux fois par mois, en connexion avec les autres réunions du comité de direction. M_____ annulait cependant souvent ces réunions lorsqu'il n'y avait pas de sujet particulier à traiter ou les remplaçait par un appel téléphonique. S_____, employé de A_____ SA depuis le 1er janvier 2015 en qualité de responsable de la comptabilité internationale, n'avait jamais travaillé de manière directe avec B_____, mais avait parfois des contacts avec lui pour les clôtures annuelles ou la préparation de budgets, à raison de quatre à cinq fois par année à Berne. Il ignorait comment ce dernier organisait son temps de travail pour le surplus.

n. Les parties ont plaidé et persisté dans leurs conclusions respectives à l'issue de l'audience du 20 août 2020, lors de laquelle le Tribunal a gardé la cause à juger sur la question de la compétence à raison du lieu des autorités judiciaires genevoises.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est recevable contre les décisions finales et les décisions incidentes de première instance, dans les affaires patrimoniales si la valeur litigieuse au denier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 CPC).

L'appel, écrit et motivé, est introduit auprès de l'instance d'appel dans les trente jours à compter de la notification de la décision (art. 111 al. 1 CPC).

En l'espèce, la décision attaquée est incidente et la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr., de sorte que la voie de l'appel est ouverte (art. 311 al. 1 CPC).

Il est, partant, recevable.

1.2 La valeur litigieuse étant supérieure à 30'000 fr., la procédure ordinaire est applicable (art. 219 et 243 CPC) et celle-ci est soumise aux maximes des débats et de disposition (art. 55 CPC cum art 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC et art. 68 CPC). La cause est soumise à la procédure ordinaire (art. 219 ss CPC).

1.3 L'appel peut être formé pour violation du droit et constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'instance d'appel revoit ainsi la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC). En particulier, la Cour contrôle librement l'appréciation des preuves effectuée par les juges de première instance et vérifie si ceux-ci pouvaient admettre les faits qu'ils ont retenus (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_153/2014 du 28 août 2014 consid. 2.2.3).

2. L'appelante reproche au Tribunal d'avoir admis, à tort, sa compétence *ratione loci* pour connaître du litige et d'avoir ainsi violé l'art. 34 al. 1 CPC, en ne prenant en considération que l'aspect quantitatif et non qualitatif de la relation de travail.

2.1 Le Tribunal du domicile ou du siège du défendeur ou celui du lieu où le travailleur exerce habituellement son activité professionnelle est compétent pour statuer sur les actions relevant du droit du travail (art. 34 al. 1 CPC).

Le lieu de travail habituel se détermine d'après les circonstances concrètes du cas d'espèce. Il se trouve là où se situe le centre de l'activité effective du travailleur. Un lieu de travail temporaire et fugace ne fonde pas de compétence selon l'art. 34 CPC. Le lieu d'exercice de l'activité doit revêtir une certaine épaisseur temporelle. Ce for, à l'inverse du siège de l'entreprise, n'est pas lié à un critère formel, mais à un lien effectif entre le lieu d'exercice du rapport de travail et le lieu du tribunal compétent. Pour cette raison, un lieu de travail hypothétiquement prévu par les parties n'entre pas en considération lorsqu'aucun travail effectif n'y a été exécuté. Lorsque le travailleur exerce son activité simultanément dans

plusieurs lieux, il faut déterminer un lieu de travail principal, en comparant les durées passées à travailler dans chacun de ces lieux (arrêt du Tribunal fédéral 4A_236/2016 du 23 août 2016 consid. 2, 5.5.1 et 5.5.2; Aurélien WITZIG, le for du lieu habituel de travail, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_236/2016, Newsletter DroitDuTravail.ch, décembre 2016).

Le for peut donc se trouver dans un lieu où l'employeur n'a aucune sorte d'établissement ni installation fixe. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, laquelle applique en droit interne les critères déterminants de la Cour de justice de l'Union européenne, le lieu où un travailleur accomplit habituellement son travail est celui dans lequel, ou à partir duquel, ce travailleur s'acquitte en fait de l'essentiel de ses obligations à l'égard de son employeur, cela parce que c'est à cet endroit que le travailleur peut à moindres frais intenter une action judiciaire à son employeur et que le juge de ce lieu est le plus apte à trancher la contestation relative au contrat de travail. Lorsque l'activité fournie est dispensée ou répartie entre plusieurs lieux, le for se trouve en principe dans celui où le travailleur est occupé pendant la majeure partie de son temps de travail, à moins qu'un autre de ces lieux ne présente un rapport suffisamment stable et intense avec l'objet du litige pour qu'il doive être considéré comme un lieu d'attache prépondérant. Lorsque plusieurs lieux d'occupation revêtent une importance égale, il n'existe pas de compétence concurrente entre eux et aucun ne fonde la compétence d'un tribunal. Dans le cas d'un travailleur qui se consacrait à la promotion des produits de son employeuse dans plusieurs Etats européens, la Cour de justice a relevé parmi les éléments pertinents que ce travailleur exerçait sa tâche depuis un bureau établi à son domicile où il revenait après chaque déplacement professionnel. Appliqué aux voyageurs de commerce et aux autres travailleurs affectés au service extérieur d'une entreprise, ce critère qualitatif détermine un rattachement géographique prépondérant, propre à fonder la compétence du for correspondant, au lieu où le travailleur planifie et programme ses déplacements, et accomplit ses tâches administratives; le cas échéant, ce lieu coïncide avec son domicile personnel. Lorsqu'aucun des lieux en concours ne se révèle prépondérant, aucun for du lieu de l'activité habituelle n'est non plus disponible ; cette situation singulière doit n'être envisagée qu'avec retenue (arrêt du Tribunal fédéral 4A_527/2018 consid. 6, 7, 8 et 9; Giuseppe DONATIELLO, le lieu habituel de travail de l'employé appelé à se déplacer, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_527/2018, Newsletter, DroitDuTravail.ch, février 2019).

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a statué sur le cas d'un directeur commercial, non affecté au service extérieur de son employeur, mais néanmoins occupé de manière prépondérante à des déplacements à l'étranger. Un rattachement géographique concluant au regard de l'art. 34 al. 1 CPC se trouvait là où l'employé travaillait lorsqu'il n'était pas en déplacement, c'est-à-dire soit à Vernier (Genève), soit à Neuheim (Zoug). D'un point de vue quantitatif, les

activités respectivement pratiquées dans chacun de ces lieux ne présentaient pas de différence significative. Il n'y avait donc pas lieu d'élucider si en moyenne, l'employé travaillait plutôt trois jours ouvrables par mois à Vernier et deux à Neuheim, ou plutôt deux à Vernier et trois à Neuheim. En outre, la nature des activités n'était connue que de manière lacunaire, de sorte qu'une appréciation qualitative était également malaisée. Dans cette situation, il serait admissible de retenir qu'il n'existait pas de lieu de l'activité habituelle, aux termes de l'art. 34 al. 1 CPC, et qu'il n'existait pas non plus de for correspondant. Il a cependant constaté qu'à Vernier, siège du groupe auquel l'employeuse était intégrée, l'employé prenait part à des séances de direction et rencontrait des clients. Au regard de ces éléments qualitatifs, certes ténus, le Tribunal fédéral a admis la compétence à raison du lieu de l'activité habituelle de l'employé à Vernier (arrêt du Tribunal fédéral 4A_131/2019 du 11 septembre 2019 consid. 3).

De manière générale, la jurisprudence admet une exception au principe quantitatif lorsqu'un autre lieu présente un rapport suffisamment stable et intense avec l'activité prévue contractuellement, même si le travailleur n'est pas présent majoritairement dans cet endroit. Cette jurisprudence doit notamment s'appliquer lorsque l'employé est occupé de manière prépondérante à des déplacements. Le critère temporel s'efface au profit du critère qualitatif, à savoir le lieu où l'employé planifie et organise ses déplacements et où il accomplit ses tâches administratives. Peu importe que ces activités ne représentent qu'une partie accessoire du temps de travail, par exemple 10 à 20 % seulement (Patricia DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile et droit du travail, in BOHNET/DUNAND/MAHON, Les procédures en droit du travail, Zurich 2020, p. 5).

Si l'on devait se limiter au critère quantitatif, l'absence d'une intensité temporelle suffisante avec un lieu considéré pourrait priver les parties, en particulier le travailleur, du for du lieu habituel de travail, qui correspond pourtant au for protecteur à son égard. L'action ne pourrait être ouverte qu'au domicile ou siège du défendeur, ce qui n'est guère satisfaisant (Patricia DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile et droit du travail, in BOHNET/DUNAND/MAHON, Les procédures en droit du travail, Zurich 2020, p. 6).

Selon la jurisprudence, lorsque plusieurs lieux de travail revêtent une importance identique, aucun d'entre eux ne crée de for. Le Tribunal fédéral considère cependant que le for du lieu habituel de travail ne peut être écarté que de manière exceptionnelle, dans des situations singulières (*note de texte renvoyant à l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_131/2019 du 11 septembre 2019, consid. 3*), qui semblent *a priori* difficilement imaginable en pratique. Même admise de manière restrictive, l'hypothèse consistant à écarter tout lieu habituel de travail n'est guère convaincante puisqu'elle empêche le travailleur de bénéficier d'un for de proximité, pourtant voulu par le législateur. Il convient dans chaque cas de déterminer le point central des relations de travail, au moyen du critère quantitatif

ou qualitatif, qui doit permettre de dégager le lieu où, ou à partir duquel, l'activité professionnelle est déployée (Patricia DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile et droit du travail, in BOHNET/DUNAND/MAHON, Les procédures en droit du travail, Zurich 2020, p. 6).

2.2 En l'espèce, il est constant que le siège et les bureaux de l'appelante sont situés à Berne et qu'elle ne dispose d'aucun établissement à Genève, de sorte que le for genevois, s'il est admis, ne peut être que le for alternatif prévu à l'art. 34 al. 1 CPC, soit celui où le travailleur exerçait habituellement son activité professionnelle.

Le Tribunal a retenu que, lorsqu'il n'était pas en déplacement à l'étranger, l'intimé travaillait principalement à son domicile à Genève, et seulement deux à quatre jours à Berne, où il assistait aux réunions du comité de direction ou aux séances bilatérales avec son supérieur hiérarchique. L'appelante ne remet pas en cause en appel la répartition du temps de travail retenue par le Tribunal dans son jugement auprès de ces différents lieux, soit l'aspect quantitatif prépondérant du travail de l'intimé à Genève, ni le fait que ce dernier ne disposait pas d'un bureau individuel à Berne, ni qu'elle lui avait installé un poste de travail à son domicile. Elle base son appel, en se référant notamment à l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_131/2019 du 11 septembre 2019, sur le fait que cet aspect quantitatif aurait dû être relégué au second plan au profit de l'aspect qualitatif, prépondérant dans la situation présente, que le Tribunal a omis d'examiner. Selon elle, peu importe que l'intimé ait passé finalement plus de temps à son bureau genevois qu'à celui de Berne, dès lors que c'est à Berne, en qualité de membre de la direction, qu'il prenait, lors des réunions du comité de direction et des séances avec son supérieur, les décisions importantes dans le cadre de son activité auprès de l'entreprise, de sorte que le lien avec ce lieu était plus important qu'avec le canton de Genève.

L'appelante ne saurait être suivie. En premier lieu, la jurisprudence sur laquelle elle se fonde (4A_131/2019 du 11 septembre 2019) vise une situation de travail dans le cadre de laquelle, d'un point de vue quantitatif, les activités pratiquées par le travailleur dans deux lieux distincts ne présentaient pas de différence significative, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, l'aspect quantitatif étant, dans le présent cas, plus important à Genève qu'à Berne. En second lieu, si l'aspect quantitatif peut certes s'effacer au profit de l'aspect qualitatif lorsqu'un autre lieu présente des liens suffisamment étroits, il s'agit toutefois-là d'une exception selon la jurisprudence et le doctrine citées *supra*, qui vise à éviter l'absence de for ou l'obligation pour le travailleur d'ouvrir action au siège de la société, pour lui reconnaître le droit d'agir au for du lieu depuis lequel il planifie et organise son travail. L'application de l'aspect qualitatif ne saurait cependant conduire à priver l'employé du for de proximité, qui constitue le for protecteur. Or, à suivre l'appelante, tel serait le cas en l'espèce, si l'aspect quantitatif en faveur du for

genevois était relégué au second plan en faveur du for qualitatif, qu'elle considère, à tort (cf *infra*), être à Berne. L'intimé se verrait ainsi priver du for de protection de proximité, où il travaillait la majeure partie de son temps, au profit du for du siège de son employeur, ce qui est contraire au but de protection de la partie la plus faible au contrat.

Quoi qu'il en soit, l'analyse de l'aspect qualitatif ne permet pas de retenir une autre solution que celle du for genevois. En effet, si certes l'intimé se rendait à Berne environ deux jours par mois, parfois quatre, pour assister aux comités de direction et rencontrer son supérieur hiérarchique, il ne prenait pas seulement des décisions à cette occasion. Il ressort des enquêtes qu'il exerçait également une position dirigeante depuis son bureau de Genève, situé à son domicile, puisqu'il était en contact permanent avec ses collaborateurs directs, soit ceux de A_____ France (cf témoin R_____) et ne se déplaçait pas forcément à Berne pour rencontrer son supérieur hiérarchique, mais discutait avec lui, en lieu et place, par téléphone (cf témoin J_____). Il organisait également à son domicile des réunions avec les responsables de A_____ France, ce qui était apprécié de la direction (cf témoin R_____). Par ailleurs, lorsqu'il rentrait de son travail à l'étranger, son point d'attache était son bureau de C_____, et non le bureau de Berne qu'il partageait, à tout le moins avec son subalterne, voire avec l'ensemble des représentants de A_____ France. C'est manifestement depuis Genève également qu'il organisait ses déplacements et effectuait toutes les tâches administratives liées à son activité professionnelle, puisque sa présence à Berne se limitait, selon l'appelante, aux séances de direction et à certaines séances avec son supérieur hiérarchique. Si, certes, il était en communication permanente avec le siège de Berne, c'est bien depuis son bureau de C_____ qu'il l'était, et qu'il exerçait principalement son activité professionnelle, lorsqu'il ne se trouvait pas en déplacement, et ce, tant d'un point de vue quantitatif que qualitatif. C'est ainsi depuis le canton de Genève qu'il s'acquittait en fait de l'essentiel de ses obligations et qu'il pouvait, à moindre frais, intenter une action judiciaire à son employeur.

Au vu de l'ensemble de ce qui précède, c'est donc à raison que le Tribunal a retenu sa compétence *ratione loci* pour connaître du litige.

Le grief sera ainsi rejeté.

3. L'appelante soutient encore que l'intimé commettrait un abus de droit (art. 2 CC) en prétendant que son lieu de travail se situerait dans le canton de Genève, alors que son contrat et les avenants successifs, indiquaient que son lieu de travail était à Berne.

3.1.1 Le principe de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) et l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) sont des principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse (art. 5 al. 3 Cst.). Ils s'appliquent aussi en procédure civile (ATF 132 I 249 consid. 5;

128 III 201 consid. 1c; 123 III 220 consid. 4d), loi dans laquelle ce principe est désormais codifié à l'art. 52 CPC. Ils s'adressent à tous les participants au procès, parties et juge (ATF 132 I 249 consid. 5). Constitue notamment un abus de droit l'attitude contradictoire d'une partie. Lorsqu'une partie adopte une certaine position, elle ne peut pas ensuite soutenir la position contraire, car cela revient à tromper l'attente fondée qu'elle a créée chez sa partie adverse; si elle le fait, c'est un *venire contra factum proprium*, qui constitue un abus de droit qui ne mérite pas la protection du droit (ATF 140 III 481 consid. 2.3.2 avec références; 89 II 287 consid.5; arrêt du Tribunal fédéral 5A_570/2017 du 27 août 2018 consid. 6.1).

3.1.2 Le for du lieu habituel de l'activité convenue répond à un but de protection du travailleur à titre de partie socialement la plus faible ; c'est pourquoi celui-ci ne peut pas y renoncer valablement par une convention antérieure à la naissance du différend (art. 21 par. 1 CL 2007; art. 35 al. 1 let. d CPC). Il n'est certes pas garanti au travailleur qu'un lieu d'activité habituel, avec le for correspondant, doive être identifié et reconnu quelles que soient les circonstances particulières de ses propres tâches. On doit néanmoins n'envisager qu'avec retenue la situation singulière où aucun for du lieu habituel de l'activité n'est disponible (ATF 145 III 14, consid. 9).

Selon la jurisprudence européenne, reprise sur le plan interne, le lieu habituel de travail se définit selon un critère temporel et correspond au lieu où le travailleur est occupé la majeure partie de son temps, au regard de l'intégralité de la période d'activité exercée. Peu importe le lieu de travail initialement convenu, notamment celui figurant sur le contrat de travail (Patricia DIETSCHY-MARTENET, Procédure civile et droit du travail, in BOHNET/DUNAND/MAHON, Les procédures en droit du travail, Zurich 2020, p. 4; arrêt du Tribunal fédéral 4A_236/2016 du 23 août 2016, consid. 5.5.1).

3.2 En l'espèce, aucun abus de droit ne saurait être imputé à l'intimé, le travailleur étant autorisé à faire valoir le for alternatif de l'art. 34 al. 1 CPC, et ce, indépendamment du contenu du contrat et de ses avenants sur l'indication de son lieu de travail. Le travailleur ne peut donc renoncer valablement à ce for alternatif et, s'il l'invoque, ne peut en aucun cas commettre un abus de droit, puisque l'institution légale de ce for correspond à un but de protection du travailleur, à titre de partie socialement la plus faible. De plus, l'intimé n'a pas, en cours de procédure, modifié sa position concernant le for qu'il considère, à raison, être compétent.

Le grief sera rejeté.

4. Le jugement sera entièrement confirmé.

5. Les frais judiciaires d'appel seront arrêtés à 1'500 fr., tenant compte de la valeur litigieuse et du travail effectué (art. 95 al. 1 let. a et al. 2, 104 al. 1 et 105 al. 1 CPC ; art. 19 al. 3 let. c LaCC; art. 71 RTFMC) et mis à la charge de l'appelante, qui succombe en appel (art. 95 et 106 al. 1 CPC ; art. 19 al. 3 let. c LaCC; art. 71 RTFMC). Ils sont entièrement couverts par l'avance de frais opérée par celle-ci, laquelle demeure acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

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

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes, groupe 3:

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 5 novembre 2020 par A_____ SA contre le jugement JTPH/323/2020 rendu le 5 octobre 2020 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/14493/2019-3.

Au fond :

Le rejette.

Sur les frais d'appel :

Arrête les frais de la procédure d'appel à 1'500 fr., les met à la charge de A_____ SA, et les compense entièrement avec les avances de frais fournies par celle-ci, qui demeurent acquises à l'Etat de Genève.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Madame Jocelyne DEVILLE-CHAVANNE, présidente; Monsieur Claudio PANNO, juge employeur; Madame Agnès MINDER-JAEGER, juge salariée; Madame Chloé RAMAT, greffière.

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 15'000 fr. cf. consid. 1.2