



POUVOIR JUDICIAIRE

C/10574/2018-4

CAPH/85/2023

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU VENDREDI 30 JUIN 2023

Entre

A_____ (SWITZERLAND) SA, domiciliée _____ [GE], recourante contre une ordonnance d'instruction rendue par le Tribunal des prud'hommes le 13 octobre 2022 (OTPH/1861/2022), comparant par Me Nathalie BORNOZ, avocate, Rue de l'Athénée 4, Case postale 330, 1211 Genève 12, en l'Étude de laquelle elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B_____, domicilié _____, Israël, intimé, comparant par Me Miguel OURAL, avocat, Lenz & Staehelin, Route de Chêne 30, Case postale 615, 1211 Genève 6, en l'Étude duquel il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 25 juillet 2023.

EN FAIT

- A.** Par ordonnance du 13 octobre 2022, expédiée aux parties pour notification le même jour, le Tribunal des prud'hommes (soit son président agissant sur délégation au sens des art. 124 al. 2 CPC et 16 LTPH) a, notamment, "statuant sur ordonnance d'instruction" déclaré irrecevables les allégués 9, 12 à 18, 33, 37, 40 et 41 formulés par A_____ (SWITZERLAND) SA le 23 mai 2022 (ch. 2), ainsi que l'allégué 4 et les preuves offertes sous n° 1 à 5 des déterminations de A_____ (SWITZERLAND) SA du 29 juillet 2002 (ch. 5), rejeté les requêtes d'audition de témoins formées par A_____ (SWITZERLAND) SA à l'appui des allégués formulés le 23 mai 2022 (ch. 6), et celles tendant à la production des copies des contrats de mandats signés avec leurs dates de signature entre C_____ SA et de ses anciens clients ou concernant des comptes préalablement gérés par elle, caviardées à l'exception des noms et des dates de signature des contrats (ch. 8), à la production des copies de tous les emails, whatsapp ou autres communications échangés par B_____ avec ses clients ou concernant des comptes gérés par elle, émis ou reçus à l'adresse de la messagerie email personnelle ou le téléphone portable personnel du précité entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2017 (ch. 9) et à la production des copies de tout agenda électronique ou papier du précité portant sur la période du 1^{er} mai 2017 au 30 juin 2018 caviardées à l'exception des annotations concernant les clients, les mandataires et les prestataires de service de A_____ (SWITZERLAND) SA (ch. 10), ordonné à B_____ et à C_____ SA de produire, en deux exemplaires, le bilan et le compte de pertes et profit de cette dernière au 31 décembre 2017 (ch. 11), ainsi que, en deux exemplaires, les copies moyennant caviardage du nom des clients concernés, de tous les emails, whatsapp ou autres communications entre les précités et les banques dépositaires (D_____, E_____, F_____, G_____, H_____ et I_____) auprès desquelles A_____ (SWITZERLAND) SA avait entreposé des avoirs de clients pendant la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2017 (ch. 12), et, en deux exemplaires, les copies des contrats signés entre C_____ SA et les banques dépositaires (D_____, E_____, F_____, G_____, H_____ et I_____) avec lesquelles elle avait établi, pour le compte d'anciens clients de A_____ (SWITZERLAND) SA, une relation avant le 1^{er} janvier 2018 (ch. 13), a imparti à B_____ et à C_____ SA un délai de 30 jours dès réception pour s'exécuter (ch. 14), et "statuant sur requête en expertise", ordonné une expertise visant à déterminer sur la base des bonus versés à B_____ de 2014 à 2016 le montant d'un hypothétique bonus en 2017 (ch. 16), fixé des délais pour éventuelle récusation d'experts et établissement de listes de questions et déterminé des modalités relatives aux frais de l'expertise (ch. 17 à 21), et réservé la suite de la procédure (ch. 22).
- B.** Par acte du 27 octobre 2022, A_____ (SWITZERLAND) SA a formé recours, avec suite de frais, contre l'ordonnance précitée. A titre principal, elle a conclu à

l'annulation de celle-ci, à titre subsidiaire à l'annulation des chiffres 2, 5, 6, 8 à 10, et 16 à 21,

Préalablement, elle a requis la suspension de l'effet exécutoire attaché à la décision entreprise, ce qui a été rejeté par arrêt de la Cour du 22 novembre 2022.

B_____ a conclu à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet, avec suite de frais.

Les parties ont persisté dans leurs conclusions aux termes de leur réplique et duplique respectives.

Par avis du 19 janvier 2023, elles ont été informées de ce que la cause était gardée à juger.

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

a. Le 16 novembre 2019, B_____ a saisi le Tribunal d'une demande en paiement, dirigée contre A_____ (SWITZERLAND) SA et A_____ (SINGAPORE) PTE LTD, en paiement par la première de montants bruts supérieurs à 404'572 fr. 70 (subsidiairement 414'500 USD), 129'458,40 (132'635 USD), 14'560 fr. et d'un montant net supérieur à 7'145 USD (alternativement à payer par la seconde) – à préciser une fois les preuves nécessaires administrées, avec suite d'intérêts moratoires et de frais.

Aux termes des allégués, les prétentions représentent des bonus, le remboursement de frais de gestion et des vacances non prises.

A titre préalable, B_____ a requis qu'il soit ordonné aux deux sociétés précitées de le renseigner, subsidiairement a conclu à ce qu'un expert désigné en commun par les parties ou nommé par le Tribunal soit renseigné par elles, pièces à l'appui, concernant leurs revenus pour 2016 et 2017 en particulier s'agissant des clients dont il avait la responsabilité en Suisse, à Singapour et en Israël et s'agissant du fonds J_____.

Par réponse, A_____ (SWITZERLAND) SA a conclu au déboutement de B_____ de toutes ses conclusions. Elle a formé une demande reconventionnelle en paiement de 69'886 fr. 23, 963'645,75 USD (subsidiairement 940'563 fr.), 1'054'550 fr. 40 USD (1'507'550 fr.) et 518'822 USD (506'395 fr.), avec suite d'intérêts moratoires et de frais.

Les prétentions reconventionnelles représentent, aux termes des allégués, des dommages subis en lien avec la perte de mandats de gestion de fortune, avec des ventes dans les fonds, avec l'inexécution de la prestation de travail pendant le délai de congé, et avec la violation de la clause de non concurrence; elles sont fondées sur les art. 321a et 321^e CO.

A titre préalable, outre la disjonction de la cause, A_____ (SWITZERLAND) SA a requis qu'il soit ordonné à B_____ de communiquer le nom de tous les clients qui avaient résilié leurs mandats de gestion avec elle pendant son délai de congé, et de produire divers documents.

Par réplique, B_____ a réduit sa prétention en paiement de vacances à 2'667 fr. 63 avec suite d'intérêts, formulé une requête préalable en production de pièces et persisté dans ses autres conclusions. Il a conclu au déboutement de A_____ (SINGAPORE) PTE LTD des fins de sa demande reconventionnelle.

Par duplique, A_____ (SINGAPORE) PTE LTD a persisté dans ses conclusions.

Les parties ont ultérieurement déposé des déterminations.

b. Par jugement du 28 mai 2020, le Tribunal a déclaré irrecevable la conclusion subsidiaire de B_____ dirigée contre A_____ (SINGAPORE) PTE LTD.

Par ordonnance du 1^{er} juin 2021, le Tribunal a ordonné à B_____ ainsi qu'à une société tierce de produire divers documents, a admis l'audition des parties et de témoins, et ouvert les débats principaux. Par ordonnance du 13 juillet 2021, il a requis de B_____ la production de pièces supplémentaires.

c. Les parties ont déposé des déterminations.

d. Par ordonnance du 5 avril 2022, le Tribunal a statué sur la recevabilité de pièces et de conclusions reconventionnelles nouvelles de A_____ (SWITZERLAND) SA, datant du 1^{er} novembre 2021, a rejeté l'offre de certains moyens de preuve, et a ordonné la production par les parties et par un tiers de diverses pièces.

Dans ce cadre, A_____ (SWITZERLAND) SA a, par acte du 23 mai 2022, adressé au Tribunal des "précisions", numérotées de 1 à 18 et de 30 à 43, dont chacune est assortie d'une offre de preuves (par pièces, interrogatoire des parties, ou audition de témoins).

Le 29 juillet 2022, les parties ont déposé des déterminations. Celles de A_____ (SWITZERLAND) SA comportent neuf points, dont les cinq premiers sont assortis d'offres de preuves.

Le 15 septembre 2022, B_____ a déposé des déterminations spontanées sur l'acte du 29 juillet 2022 de A_____ (SWITZERLAND) SA. Aucun élément du dossier n'indique que ces déterminations auraient été communiquées à la précitée.

Sur quoi, le Tribunal a rendu l'ordonnance attaquée.

EN DROIT

1. **1.1** Le recours est recevable contre les décisions et ordonnances d'instruction de première instance dans les cas prévus par la loi (art. 319 let. b ch. 1 CPC) ou lorsqu'elles peuvent causer un préjudice difficilement réparable (art. 319 let. b ch. 2 CPC).

Les ordonnances d'instruction se rapportent à la préparation et à la conduite des débats; elles statuent en particulier sur l'opportunité et les modalités de l'administration des preuves, ne déploient ni autorité ni force de chose jugée et peuvent en conséquence être modifiées ou complétées en tout temps. Il en va ainsi notamment lorsque le tribunal fixe des délais ou ordonne des échanges d'écritures (Jeandin, in Commentaire romand, Code de procédure civile, 2019, n. 14 ad art. 319 CPC).

Quant aux "autres décisions", leur prononcé marque définitivement le cours des débats et déploie – dans cette seule mesure – autorité et force de chose jugée à l'encontre des parties ou des tiers concernés. Une telle qualification échoit par exemple aux décisions statuant sur une récusation, une suspension ou sur l'admission de faits et moyens de preuve nouveaux (Jeandin, op. cit., n. 15 ad art. 319 CPC).

La distinction entre "autres décisions" et "ordonnances d'instruction" – qui n'est pas toujours aisée – ne joue véritablement de rôle qu'en vue de calculer le délai de recours (Jeandin, op. cit., n. 16 ad art. 319 CPC). Le recours, écrit et motivé, est en effet introduit auprès de l'instance de recours dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 321 al. 1 CPC), alors que le délai est de dix jours pour les ordonnances d'instruction (art. 321 al. 2 CPC).

1.2 En l'espèce, l'ordonnance querellée déclare irrecevables des allégués et des titres, rejette des offres de preuve, ordonne la production de pièces ainsi que "l'ouverture d'une expertise", en en déterminant le cadre ainsi que les modalités. Le recours a été formé dans le délai de dix jours, auprès de l'autorité compétente (art. 120 al. 1 let. a LOJ), par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et en suivant la forme prévue par la loi (art. 130, 131 et 321 al. 1 CPC), de sorte qu'il est recevable à cet égard.

Le recours n'étant pas prévu par la loi, reste à déterminer si l'ordonnance querellée est susceptible de causer un préjudice difficilement réparable au recourant au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC.

2. **2.1** Constitue un "préjudice difficilement réparable" au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC toute incidence dommageable, y compris financière ou temporelle, qui ne peut être que difficilement réparée dans le cours ultérieur de la procédure. L'instance supérieure devra se montrer exigeante, voire restrictive, avant

d'admettre l'accomplissement de cette dernière condition, sous peine d'ouvrir le recours à toute décision ou ordonnance d'instruction, ce que le législateur a clairement exclu : il s'agit de se prémunir contre le risque d'un prolongement sans fin du procès (ACJC/416/2022 du 22 mars 2022 consid. 3.1; ACJC/1827/2018 du 13 décembre 2018 consid. 2.1.1; ACJC/580/2017 du 19 mai 2017 consid. 2.1 et les références citées).

En résumé, la notion de préjudice difficilement réparable doit être interprétée restrictivement puisque la personne touchée disposera le moment venu de la faculté de remettre en cause la décision ou ordonnance en même temps que la décision au fond: il incombe au recourant d'établir que sa situation procédurale serait rendue notablement plus difficile et péjorée si la décision querellée était mise en œuvre, étant souligné qu'une simple prolongation de la procédure ou un accroissement des frais ne suffisent pas. On retiendra l'existence d'un préjudice difficilement réparable lorsque ledit préjudice ne pourra plus être réparé par un jugement au fond favorable au recourant, ce qui surviendra par exemple lorsque des secrets d'affaires sont révélés ou qu'il y a atteinte à des droits absolus à l'instar de la réputation, de la propriété et du droit à la sphère privée (Jeandin, op. cit., n. 22a ad art. 319). De même, le rejet d'une réquisition de preuve par le juge de première instance n'est en principe pas susceptible de générer un préjudice difficilement réparable, sauf dans des cas exceptionnels à l'instar du refus d'entendre un témoin mourant ou du risque que les pièces dont la production est requise soient finalement détruites (Jeandin, op. cit., n. 22b ad art. 319).

Si la condition du préjudice difficilement réparable n'est pas remplie, le recours est irrecevable et la partie doit attaquer la décision incidente avec la décision finale sur le fond (ACJC/728/2022 du 31 mai 2022 consid. 2.1; CAPH/35/2018 du 19 mars 2018 consid. 2.1; CAPH/172/2017 du 3 novembre 2017 consid. 2.1; Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse [CPC], FF 2006 6841, p. 6984).

Il appartient au recourant d'alléguer et d'établir la possibilité que la décision incidente lui cause un préjudice difficilement réparable, à moins que cela ne fasse d'emblée aucun doute (par analogie ATF 141 III 80 consid. 1.2; 134 III 426 consid. 1.2; 133 III 629 consid. 2.3.1).

2.2 La recourante ne tente d'affirmer l'existence d'un préjudice difficilement réparable qu'en regard des chiffres du dispositif de l'ordonnance attaquée consacrés à l'expertise (soit 16 à 21), à l'exclusion des autres points de ce dispositif dont elle requiert l'annulation.

Au vu des principes rappelés ci-dessus, il n'y a ainsi pas à examiner plus avant le recours s'agissant des chiffres 2, 5 et 6, ainsi que 8 à 13 du dispositif de l'ordonnance, faute de recevabilité.

Seuls demeurent ainsi pertinents à ce stade les chiffres 16 à 21 du dispositif de l'ordonnance attaquée.

3. En ce qui concerne lesdits chiffres, la recourante soutient d'une part que le moyen de preuve de l'expertise serait source d'un retard injustifié à statuer, d'autre part que des secrets seraient dévoilés si l'expert nommé accédait à ses données comptables et financières confidentielles protégées par les art. 162 CP et 47 LB, ce qui serait constitutif d'un préjudice difficilement réparable.

Avant d'examiner cas échéant ce moyen, il s'agit de déterminer la nature de la décision rendue par le président du Tribunal.

3.1 L'art. 322a prévoit que, si en vertu du contrat, le travailleur a droit à une part du bénéfice ou du chiffre d'affaires ou participe d'une autre manière au résultat de l'exploitation, cette part est calculée sur la base du résultat de l'exercice annuel, déterminé conformément aux prescriptions légales et aux principes commerciaux généralement reconnus (al. 1). L'employeur fournit les renseignements nécessaires au travailleur ou, à sa place, à un expert désigné en commun ou par le juge; il autorise le travailleur ou l'expert à consulter les livres de la comptabilité dans la mesure où le contrôle l'exige (al. 2).

Le droit aux renseignements est de nature matérielle; il peut être mis en œuvre dans une procédure indépendante ou dans une action échelonnée (arrêt du Tribunal fédéral 4A_390/2016 du 18 janvier 2017 consid. 2.3.1).

Il doit être distingué de la demande de transmission de documents fondée sur le droit de procédure, qui est un moyen d'administration des preuves lié à une exigence de motivation des faits allégués (WITZIG, CR-CO, ad art. 322b n. 17).

3.2 En l'espèce, dans sa demande, l'intimé a pris, pour partie, des conclusions principales et subsidiaires, dont la quotité définitive restait à déterminer, "une fois les preuves nécessaires administrées". Cette mention, peu précise, est à mettre en relation avec les conclusions articulées à titre préalable, en fourniture de renseignements, pièces à l'appui, subsidiairement en désignation d'un expert aux fins d'obtenir des renseignements, pièces à l'appui. Dans le corps de son acte, l'intimé s'est fondé, pour asseoir ses conclusions préalables, sur l'art. 322a CO.

Il se déduit de ce qui précède que l'intimé a ainsi formé une action de type échelonnée, comportant tant une requête de reddition de comptes au sens de l'art. 322a CO qu'une action en paiement.

Statuer sur la reddition de comptes requise, cas échéant en recourant au préalable à la nomination d'un expert comme l'art. 322a al. 2 CO en donne la faculté au juge, relève du droit matériel et non de la procédure. Une telle décision ne trouve ainsi pas sa place dans une ordonnance de procédure, et doit être tranchée dans un

jugement rendu au fond; compte tenu de la valeur litigieuse d'espèce, elle ouvrirait la voie de l'appel, au sens de l'art. 308 CPC, lequel n'est pas soumis à la condition de l'existence d'un préjudice difficilement réparable.

La Cour est ainsi fondée à considérer comme recevable l'acte qui lui est soumis, qui respecte les autres conditions formelles de l'appel, s'agissant des chiffres 16 à 21 du dispositif de la décision attaquée.

4. La décision précitée a été rendue par le président du Tribunal.

4.1 L'art. 12 LTPH prévoit que le Tribunal siège dans la composition d'un président, un juge prud'homme employeur et un juge prud'homme salarié.

L'art. 124 al. 2 CPC dispose que la conduite du procès peut être déléguée à l'un des membres du Tribunal. Selon la LTPH, il s'agit du président du Tribunal.

Les principaux motifs de nullité résident dans l'incompétence d'une autorité ou dans des violations crasses de règles procédurales (ATF 138 II 501 consid. 3.1). Dans le cas où un jugement est rendu sur le fond par un juge incompétent, ce jugement est entaché d'un vice grave qui, selon les circonstances, peut en entraîner la nullité (ATF 137 III 217 consid. 2.4.3).

4.2 En l'occurrence, le chiffre 16 du dispositif de la décision attaquée a trait aux conclusions préalables en reddition de compte formées par l'intimé. Il relève donc, comme déjà retenu ci-dessus, du droit matériel, lequel est de la compétence du Tribunal composé conformément à l'art. 12 LTPH, et non d'un juge délégué au sens de l'art. 124 al. 2 CPC.

La décision est ainsi viciée sur ce point. Par conséquent, la Cour annulera le chiffre 16, ainsi que les chiffres 17 à 21 qui en procèdent. Il reviendra au Tribunal, siégeant conformément à la loi, de se prononcer sur la conclusion préalable en reddition de comptes formulée par l'intimé dans le cadre de son action en paiement.

5. Les frais judiciaires de la procédure devant la Cour seront arrêtés à 800 fr. (art. 23, 68, 71 RTFMC), mis à la charge de la recourante, qui succombe pour partie, à raison de 400 fr., le solde étant supporté par l'Etat de Genève (art. 106 al. 2, 107 al. 2 CPC). Le solde de l'avance versée, compensée à due concurrence, sera restitué à la recourante.

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

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes, groupe 4 :**

A la forme :

Déclare recevable le recours formé par A_____ (SWITZERLAND) SA contre l'ordonnance rendue par le Tribunal des prud'hommes le 13 octobre 2022, en tant qu'il vise les chiffres 16 à 21 du dispositif de celui-ci, et irrecevable pour le surplus.

Au fond :

Annule les chiffres 16 à 21 du dispositif de cette ordonnance.

Déboute les parties de toutes autres conclusions de recours.

Sur les frais :

Arrête les frais du recours à 800 fr., compensés avec l'avance opérée, acquise à l'Etat de Genève à concurrence de 400 fr.

Les met à la charge de A_____ (SWITZERLAND) SA à concurrence de 400 fr. et à celle de l'ETAT DE GENEVE à concurrence de 400 fr.

Ordonne aux Services financiers du Pouvoir judiciaire de restituer 400 fr. à A_____ (SWITZERLAND) SA.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Madame Sylvie DROIN, présidente; Madame Nadia FAVRE, juge employeur; Madame Ana ROUX, juge employé; Monsieur Javier BARBEITO, greffier.

Indication des voies de recours et valeur litigieuse :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué. L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

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.