REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/21478/2017-4 **CAPH/110/2021**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 9 JUIN 2021

Entre

Madame A_____, domiciliée _____ (VD), recourante contre l'ordonnance OTPH/309/2021 rendue le 12 février 2021 par le Tribunal des prud'hommes, comparant par M^e^ Stéphanie Fuld, avocate, BIANCHISCHWALD SÀRL, rue Jacques-Balmat 5, case postale 5839, 1211 Genève 11, en l'Etude de laquelle elle fait élection de domicile.

et

B_____ SA SA, sise _____ (TI), intimée, comparant par M^e^ Raphaël Treuillaud, avocat, cours de Rive 2, case postale 3477, 1211 Genève 3, en l'Etude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 15 juin 2021.

EN FAIT

A. **a.** Par contrat de travail du 12 avril 2012, A_____ s'est engagée à travailler en qualité de "*Senior Private Banker* dans le domaine de la gérance de fortunes" au service de B_____ SA, actuellement B_____ SA, sise à C_____ (TI) - dont le but est la gestion de patrimoines, l'administration de biens et droits pour le compte de tiers, le conseil global dans le domaine financier et des investissements, ainsi que toutes activités et tous services liés au *family office* - au sein de la succursale de Genève de la société à compter du 1er juin 2012, moyennant un salaire annuel brut de 200'000 fr., versé en douze mensualités.

Après la première année de service, le délai de congé était de trois mois.

Le chiffre 10 du contrat a la teneur suivante :

"Le Collaborateur s'engage, au terme du contrat de travail, à ne pas contacter ou solliciter, pour son propre compte ou celui d'un tiers, les clients de B_____ SA non introduits par lui-même dans le cadre de son travail dans la société.

La violation de cette disposition entraînera l'acquittement, en faveur de l'Employeur, d'une peine conventionnelle égale au 3 % calculé sur la valeur du dépôt acquis de la sorte."

Le 12 avril 2012, les parties ont également signé un document intitulé "*Side Letter*", faisant partie intégrante du contrat de travail, précisant que le "rôle attribué" à l'employée était "celui de développer son réseau de relations propres et de proposer à des nouveaux clients potentiels les services de la Société" et prévoyant que s'ajoutait au salaire précité une rémunération variable "applicable à la clientèle directement apportée par A_____", établie selon l'échelle suivante: 0% jusqu'à 500'000 fr., 22% de 500'001 fr. à 1'500'000 fr. et 27% au-delà de 1'500'001 fr.

Le 8 juillet 2015, les parties ont signé une nouvelle *"Side Letter"*, stipulant que la rémunération variable était établie sur la base de l'échelle suivante applicable à la clientèle directement apportée par l'employée : 0 % jusqu'à 500'000 fr. et 40% au-delà de 500'000 fr.

b. Par courrier du 29 juin 2017, A_____ a résilié le contrat de travail avec effet au 30 septembre 2017. Elle a déclaré invalider la *"Side Letter"* de 2015.

c. Par lettre recommandée du 5 juillet 2017, B_____ SA a résilié le contrat avec effet immédiat, en exposant qu'elle avait reçu de D_____ AG des lettres de résiliation immédiate de leurs mandats signés plusieurs mois auparavant par des clients de B_____ SA dont A_____ avait la charge. Ces lettres, qui portaient pour la plupart des annotations manuscrites de la main de l'employée, avaient été

envoyées à la banque dans une même enveloppe la semaine précédente, simultanément à l'envoi de la lettre de démission. B_____ SA reprochait à A_____ ce qui suit: "(…) vous avez poussé en secret (d)es clients à rompre leurs mandats, avez conservé leurs lettres de résiliation par-devers vous dans l'attente de votre démission, et les avez fait parvenir à la banque sans même attendre la fin de votre engagement".

d. A_____ est titulaire de l'entreprise individuelle "A_____ - E_____", inscrite depuis le 28 mai 2013 au Registre du commerce du canton de Vaud et ayant comme but les études et conseils, la représentation fiduciaire et les services de *family office.* Elle est également titulaire de l'entreprise individuelle "F_____, A_____", inscrite depuis le 5 octobre 2017 au même registre, ayant comme but les investissements financiers, soit notamment l'achat, la construction, le développement, l'exploitation et la vente dans le domaine immobilier tant en Suisse qu'à l'étranger. Le siège de ces deux entreprises se trouve au domicile de A_____. Celle-ci allègue que ces deux entreprises individuelles n'ont jamais été affiliées à un quelconque organe d'autorégulation et qu'aucune activité de gestion de fortune n'a jamais été réalisée à travers lesdites entreprises.

Depuis avril 2016, G_____, époux de A_____, est administrateur unique de H_____ SA, inscrite depuis le 25 juillet 2008 au Registre du commerce de Genève, dont le but est, depuis avril 2016, la gestion de fortune, la gestion de placements et d'investissements et le service aux personnes privées, en particulier l'activité de *family office*.

A_____ allègue qu'elle a débuté sa nouvelle activité professionnelle le 1er octobre 2017.

B. **a.** Par acte déposé en conciliation le 20 novembre 2017, ayant donné lieu à une autorisation de procéder du 10 janvier 2018 et porté le 12 avril 2018 devant le Tribunal des prud'hommes, A_____ a réclamé à B_____ SA le paiement de la somme brute de 246'036 fr. 80 à titre de rémunération variable, en faisant valoir que celle-ci avait violé la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (ci-après : LEg), en lui appliquant une méthode de calcul de ladite rémunération moins avantageuse que celle utilisée pour le calcul de la rémunération de ses collègues de sexe masculin.

Elle a conclu en outre au paiement de 50'000 fr. bruts à titre de salaire de juillet à décembre 2017, 50'000 fr. nets à titre d'indemnité pour résiliation immédiate injustifiée, 4'789 fr. 30 bruts à titre d'indemnité de vacances, 3'881 fr. 70 nets à titre de "perte de gain LPP" et 2'492 fr. 55 nets en remboursement d'une note de frais.

La procédure a été enregistrée sous le numéro C/21478/2017.

b. Dans sa réponse du 24 septembre 2018, B_____ SA a conclu, au fond, au rejet de la demande.

Elle a notamment allégué qu'elle avait "découvert en juillet 2017 que, vraisemblablement dès 2006 et en tout cas le début de l'année 2017, Madame A_____ avait décidé de quitter le service de B_____ SA aux fins de se mettre à son propre compte" (allégué 37). De plus, dès le début de l'année 2017, elle avait "profité de ses visites aux clients pour encourager ceux-ci à résilier le mandat de gestion confié à B_____ SA" (allégué 41).

A l'appui de ces allégations, elle a produit notamment, outre les extraits du Registre du commerce de H_____ SA, "A_____ - E_____" et "F_____, A_____" (pièces 14 à 16), des pièces qu'elle désigne comme un "listing de tous les clients ayant été sous gestion de Madame A_____ au sein de B_____ SA" (pièce 17), un "tableau récapitulatif par compte des données relatives aux comptes gérés par Madame A_____ dont la résiliation a entraîné un dommage pour B_____ SA" (pièce 18) et les "dossiers des portefeuilles résiliés permettant le calcul du dommage" (pièce 20).

B_____ SA a notamment fait valoir que l'employée "avait très gravement violé ses obligations contractuelles, et ses obligations de diligence, fidélité et loyauté vis-à-vis de son employeur et de sa clientèle, en détournant celle-ci en cachette, en retenant les instructions qu'elle avait fait signer aux clients jusqu'au moment qui lui était opportun, ceci dans le but de capter la clientèle dont elle avait la gestion et de la poursuivre à son compte avec l'aide de son mari" (p. 48). De plus, l'employée n'avait subi aucun dommage, "d'abord parce qu'elle avait elle-même déjà démissionné", ensuite, "parce que le salaire dont elle a[vait] été privée entre le 1er juillet et le 30 septembre 2017 a[vait] été plus que largement compensé par les gains qu'elle avait retirés de la reprise de la clientèle de B_____ SA à son profit et au détriment de B_____ SA" (p. 49).

c. Par ordonnance du 22 octobre 2018, le Tribunal a ordonné un deuxième échange d'écritures (art. 225 CPC).

d. A_____ a répliqué par acte daté du 21 décembre 2018, en persistant dans ses conclusions sur le fond. Préalablement, elle a requis notamment la jonction de la cause avec la cause C/1_____/2017 (cf. ci-dessous let. C).

Elle a contesté avoir commis une faute ou une violation de ses obligations de fidélité pendant les rapports de travail. Elle s'est référée en particulier aux allégués 180 à 322 de la réponse du 24 septembre 2018 qu'elle avait déposée dans le cadre de la procédure C/26511/2017 (cf. ci-dessous let. C.b), mémoire produit sous pièce 53. Aux allégués 189 à 308 de cette écriture, elle se déterminait sur les allégations de sa partie adverse en relation avec chaque relation bancaire figurant dans le tableau produit par celle-ci sous pièce 18. Elle a fait valoir que les clients

concernés n'avaient pas quitté B_____ SA en raison d'un prétendu démarchage de sa part, mais à la suite des mauvaises performances du "fonds I_____" de B_____ SA, de la mauvaise réputation de celle-ci et, plus généralement, de leur insatisfaction, puis à compter du 5 juillet 2017, en raison de son licenciement immédiat abrupt et injustifié; elle était la seule personne de contact parlant russe au sein de B_____ SA (p. 53).

e. Dans sa duplique du 19 mars 2019, B_____ SA a persisté dans ses conclusions sur le fond. Préalablement, elle a requis notamment la jonction de la cause avec la cause C/1_____/2017, "après avoir acheminé B_____ SA à compléter son exposé des faits en audience préparatoire dans la cause C/26511/2017, qui n'a[vait] donné lieu qu'à un seul échange d'écritures".

Elle a allégué notamment que les clients de A_____ avaient "mis longtemps" à la suivre lorsqu'elle était devenue employée de B_____ SA (allégué 157). "Cette décision des clients qui a[vait] finalement permis d'acquérir une certaine masse sous gestion ne rel[evait] pas seulement du travail de Madame A_____ au sein de B_____ SA, mais du travail de l'entier de l'équipe de l'entreprise, qui l'a[vait] soutenue et entretenue, et de la réputation propre de l'entreprise, indépendante, et bien plus grande et ancienne, que celle de Madame A_____" (allégué 158).

f. Le Tribunal a tenu une audience de débats d'instruction le 17 octobre 2019 à 18h02.

B_____ SA a déposé lors de l'audience une écriture intitulée "Offre supplémentaire de preuves", contenant les deux "allégués supplémentaires" suivants:

- "Madame A_____ a perçu, après sa démission de B_____ SA, des revenus de son activité professionnelle propre et auprès d'entreprises, dont celle administrée par son mari, H_____ SA à Genève, qui compensent sa perte de revenus après son licenciement".

- "Ces revenus provenaient en partie au moins des clients détournés de B_____ SA vers ces entreprises par Madame A_____".

A l'appui de ces deux allégués, B_____ SA a notamment demandé au Tribunal de:

- faire injonction à A_____ "d'indiquer et documenter" le nom des clients de B_____ SA ayant noué une relation d'affaire en 2017 et 2018 avec ses deux entreprises individuelles, ainsi qu'avec H_____ SA et le revenu qu'elle en avait tiré en 2017 et 2018,

- faire injonction à H_____ SA "d'indiquer et documenter" les rémunérations perçues de cette société par A_____ en 2017 et 2018, ainsi que le nom des clients précédemment gérés par B_____ SA ayant noué une relation d'affaires en 2017 ou 2018 avec H_____ SA et le revenu que celle-ci en avait tiré en 2017 et 2018.

Le Tribunal a indiqué aux parties qu'une nouvelle audience de débats d'instruction serait fixée au 14 novembre 2019.

C. **a.** Par acte déposé en conciliation le 7 novembre 2017, ayant donné lieu à une autorisation de procéder du 10 janvier 2018 et porté 25 avril 2018 devant le Tribunal, B_____ SA a conclu à la condamnation de A_____ à lui payer la somme de 159'541 fr., en faisant valoir que celle-ci lui avait causé un dommage égal à ce montant, en incitant les clients dont elle avait la charge à résilier leur mandat de gestion conféré à la société et en violant ainsi son obligation de diligence et fidélité envers son employeur. Elle avait "agi dans le dessein de porter préjudice à son employeur, aux fins de reprendre les portefeuilles résiliés à son compte ou au compte d'une entreprise d'un tiers proche".

Elle a notamment allégué que, dès 2016, A_____ avait "nourri secrètement le projet de quitter B_____ SA, afin de rejoindre une autre officine de gestion" (allégué 9). Son mari administrait en effet une société concurrente de B_____ SA, soit H_____ SA (allégué 10). Depuis son départ de B_____ SA, A_____ avait également inscrit au Registre du commerce "deux officines de gestion" (allégué 11). Dans la perspective de quitter son emploi, elle avait entrepris, au premier semestre 2017, de convaincre les clients de B_____ SA dont elle avait la gestion au sein de celle-ci, de révoquer le mandat de gestion conféré à B_____ SA (allégué 12).

B_____ SA a produit notamment les extraits du Registre du commerce de H_____ SA, "A_____ - E_____" et "F_____, A_____" (pièces 14 à 16), le "listing de tous les clients ayant été sous gestion de Madame A_____ au sein de B_____ SA" (pièce 17), le "tableau récapitulatif par compte des données relatives aux comptes gérés par Madame A_____ dont la résiliation a entraîné un dommage pour B_____ SA (pièce 18) et les "dossiers des portefeuilles résiliés permettant le calcul du dommage" (pièce 20, comprenant 46 rubriques numérotées de 20.1 à 20.46).

A l'appui de son allégué 9, elle a proposé, comme moyens de preuve, la "comparution personnelle des parties" et l'audition de témoins. A son allégué 10, elle a fait référence à sa pièce 14. A son allégué 11, elle s'est référée à ses pièces 15 et 16.

B_____ SA a allégué que son dommage correspondait aux honoraires de gestion qu'elle n'avait pu encaisser de ses clients pour la période courant jusqu'au

30 septembre 2017 (allégué 29). Elle a proposé comme moyens de preuve ses pièces 18 et 20 et a requis une expertise comptable.

Dans sa pièce 18, elle a calculé son "manque à gagner jusqu'au 30.09.2017", soit jusqu'à l'échéance de "la période contractuelle au long de laquelle Madame A_____ restait entièrement tenue à son obligation de diligence et de fidélité envers son employeur" (p. 17 de la demande). En pages 8 à 15 de sa demande (préambule explicatif et allégués 46 à 73), B_____ SA a exposé en détail pour chaque client et chaque portefeuille son calcul du dommage tel que résumé dans le tableau de sa pièce 18. Pour chaque client et chaque portefeuille, elle a produit, sous pièces 20.1 à 20.46, le contrat de gestion, le contrat du client avec la banque, la procuration de gestion, l'état du compte au 31 décembre 2016 selon les relevés bancaires, les échanges de correspondance relatifs à la résiliation du mandat e les factures de B_____ SA (cf. allégué 40, avec référence aux pièces 18 et 20).

La cause a été enregistrée sous le numéro C/26511/2017.

b. Dans sa réponse du 24 septembre 2018, A_____ a conclu, principalement au fond, au rejet de la demande.

Elle a notamment allégué qu'elle s'était constituée une clientèle fidèle au cours de sa carrière, parmi laquelle une vingtaine de clients avec lesquels elle collaborait étroitement. A son arrivée au sein de B_____ SA, aucune relation existante de celle-ci ne lui avait été attribuée. Toutes les relations formant le patrimoine sous sa gestion étaient des clients provenant de l'Europe de l'Est qu'elle avait elle-même apportés. Les relations bancaires listées sous pièce 18 de sa partie adverse représentaient les comptes et portefeuilles de clients dont elle s'occupait déjà avant de rejoindre B_____ SA et qui l'avaient suivie auprès de cette dernière après son engagement. L'ensemble des 28 relations bancaires listées dans cette pièce représentait environ une vingtaine de clients, personnes physiques ou morales, tous apportés par elle-même chez B_____ SA (allégués 87 et 89 à 91).

Elle a reproché à sa partie adverse d'avoir produit "l'ensemble de la documentation où figur[aient] les données confidentielles sur les clients de la défenderesse, à savoir leurs noms, leurs adresses et leurs numéros de compte en totale violation des clauses de confidentialité prévues dans les « Asset Management Mandate » conclus entre les clients et B_____ SA et alors qu'il aurait suffi à B_____ SA de faire référence aux numéros de comptes bancaires pour individualiser les clients concernés et caviarder les informations confidentielles comme il est d'usage" (allégués 183 à 185).

Aux allégués 189 à 308, elle s'est déterminée sur les allégations de sa partie adverse en relation avec chaque client figurant dans le tableau produit par celle-ci sous pièce 18. Elle a fait valoir que les clients concernés n'avaient pas quitté B_____ SA en raison d'un prétendu démarchage de sa part, mais à la suite des

mauvaises performances du "fonds I_____" de B_____ SA, de la mauvaise réputation de celle-ci et, plus généralement, de leur insatisfaction, puis à compter du 5 juillet 2017, en raison de son licenciement immédiat abrupt et injustifié, qui était la seule personne de contact parlant russe au sein de B_____ SA (p. 50).

c. Le Tribunal a tenu une audience de débats d'instruction le 17 octobre 2019 à 18h28.

B_____ SA a déposé lors de l'audience une écriture intitulée "Offre supplémentaire de preuves", contenant l'"allégué supplémentaire" suivant:

- "Madame A_____ a perçu, après sa démission de B_____ SA, des revenus de son activité professionnelle propre et auprès d'entreprises, dont celle administrée par son mari, H_____ SA à Genève. Ces revenus provenaient des clients détournés de B_____ SA vers ces entreprises par Madame A_____".

A l'appui de cette allégation, B_____ SA a notamment demandé au Tribunal de:

- faire injonction à A_____ "d'indiquer et documenter" le nom des clients de B_____ SA ayant noué une relation d'affaire en 2017 et 2018 avec ses deux entreprises individuelles et le revenu qu'elle en avait tiré en 2017 et 2018,

- faire injonction à H_____ SA "d'indiquer et documenter" les rémunérations perçues de cette société par A_____ en 2017 et 2018, ainsi que le nom des clients précédemment gérés par B_____ SA ayant noué une relation d'affaires en 2017 ou 2018 avec H_____ SA et le revenu que celle-ci en avait tiré en 2017 et 2018.

B_____ SA a requis ces moyens de preuve également en relation avec les allégués 9 à 11 de sa demande en paiement du 25 avril 2018.

Le Tribunal a imparti à A_____ un délai au 14 novembre 2019 pour se déterminer sur les nouvelles allégations et offres de preuve de sa partie adverse.

D. **a.** Par décision du 21 octobre 2019, le Tribunal a ordonné la jonction des causes C/21478/2017 et C/26511/2017 sous le numéro C/21478/2017 et dit que la prétention de A_____ relevant de la LEg restait soumise à la maxime inquisitoire.

b. Le 14 novembre 2019, A_____ a expédié au Tribunal une détermination sur la recevabilité des allégations et offres de preuve nouvelles du 17 octobre 2019 de sa partie adverse, accompagnée d'un bordereau de pièces nouvelles.

Elle a produit notamment deux rapports d'audit concernant H_____ SA, établis par l'Association romande des intermédiaires financiers (ARIF) pour la période du 6 juin 2016 au 30 juin 2017. Il résulte d'un rapport du 29 septembre 2017 d'audit

CoD (code de déontologie relatif à la profession de gérant de fortune indépendant) que ladite association a accordé à A_____ une prolongation au 3 octobre 2017 du délai pour effectuer sa formation de base CoD. Par ailleurs, il résulte d'un rapport du 9 novembre 2017 d'audit LBA (loi sur le blanchiment d'argent) que ladite association, qui a effectué son contrôle au siège de la société et au domicile de A_____, n'a pas "décelé d'activité assujettie à la LBA (…) durant la période de révision susvisée et jusqu'à ce jour/jusqu'à la date du 30.06.2017" (la mention inutile n'a pas été barrée).

A_____ déduit de ces documents que H_____ SA n'a exercé aucune activité de gestion de fortune jusqu'au 30 septembre 2017. Les contacts qu'elle avait eus avec cette société avant le 30 septembre 2017 relevaient de "simples contacts préliminaires destinés à préparer une nouvelle activité lucrative".

b. Lors de l'audience de débats d'instruction du Tribunal du 14 novembre 2019, les parties ont chacune déposée un bordereau des preuves après jonction des causes. A_____ a également produit un exemplaire de sa détermination et du bordereau de pièces nouvelles qu'elle avait expédiés le même jour au Tribunal.

B_____ SA a fait figurer dans son bordereau de preuves notamment les deux "allégués supplémentaires" et les moyens de preuve mentionnés ci-dessus sous let. B.f, en ajoutant, après chaque injonction, la mention "et particulièrement entre le 1er juillet et le 31 octobre 2017".

A_____ a déclaré lors de l'audience, en se référant aux allégués 87 et ss. de sa réponse du 24 septembre 2018 à la demande en paiement de sa partie adverse, qu'elle était contractuellement libre de partir avec sa clientèle et que B_____ SA ne lui avait fourni aucun client à gérer pendant sa période d'activité qui n'avait pas déjà introduit par elle-même (procès-verbal, p. 3). B_____ SA ne l'a pas contesté, se bornant à déclarer que l'employée connaissait parfaitement la liste des clients qu'elle gérait et que, s'il y avait une liste, celle-ci avait déjà été fournie, sous pièces 17 à 20 de B_____ SA (procès-verbal, p. 4).

Le Tribunal a imparti un délai au 29 novembre 2019 à B_____ SA pour se déterminer sur l'écriture déposée le jour même par sa partie adverse.

c. Le 29 novembre 2019, B_____ SA a déposé une écriture, dans laquelle elle a contesté, d'abord, que le rapport d'audit du 9 novembre 2017 démontrait l'absence d'activités assujetties à la LBA de H_____ SA au-delà de la période sous audit, c'est-à-dire le 30 juin 2017, ensuite, que les entreprises individuelles de A_____ n'avaient jamais déployé aucune activité de gestion de fortune, "dès lors que leur but portait sur une telle activité", et, enfin, que les rapports entre A_____, et H_____ SA avant le 30 septembre 2017 relevaient de simples contacts préliminaires.

B_____ SA a en outre formé de nouveaux allégués 191 à 218 et a déposé des pièces nouvelles 73 à 75.

d. Par ordonnance OTPH/2311/2019 du 19 décembre 2019, le Tribunal a notamment déclaré recevables les écritures des parties des 17 octobre et 14 novembre 2019 (ch. 2 et 3 du dispositif) et déclaré irrecevables les allégués 191 à 218 contenus dans les écritures de B_____ SA du 29 novembre 2018 (ch. 4) ainsi que les pièces 73 à 75 déposées par celle-ci à la même date (ch. 5).

Cette ordonnance n'a pas fait l'objet d'un recours.

e. Par ordonnance OTPH/39/2020 du 9 janvier 2020, le Tribunal a notamment imparti à celle-ci un délai de 10 jours dès réception de l'ordonnance pour fournir le nom des clients de B_____ SA ayant noué une relation d'affaires en 2017 et 2018 avec les entreprises en raison individuelle F_____, E_____ et avec H_____ SA (ch. 21 du dispositif).

f. B_____ SA a recouru contre les chiffres 4 et 5 du dispositif de l'ordonnance du Tribunal du 19 décembre 2019, alors que A_____ a formé recours contre le chiffre 21 du dispositif de l'ordonnance du Tribunal du 9 janvier 2020.

g. Par arrêt du 20 juillet 2020, la Cour de justice a déclaré irrecevable le recours de B_____ SA et recevable celui de A_____. Elle a annulé le chiffre 21 du dispositif de l'ordonnance OTPH/39/2020 du 9 janvier 2020 pour défaut de motivation et renvoyé la cause au Tribunal afin qu'il rende une décision motivée sur ce point.

E. **a.** Par ordonnance OTPH/309/2021 du 12 février 2021, reçue le 16 février 2021 par A_____, le Tribunal a imparti à celle-ci un délai de 20 jours, dès réception de l'ordonnance, pour remettre au Tribunal le nom des clients de B_____ SA ayant noué une relation d'affaires en 2017 et 2018 avec elle par l'intermédiaire de ses entreprises en raison individuelle F_____ et E_____, pour indiquer au Tribunal la totalité des revenus qu'elle en avait tirés entre le 1er juillet et le 31 octobre 2017 et pour déposer tous justificatifs de ces revenus (chiffre 1 du dispositif), imparti à H_____ SA un délai de 20 jours, dès réception de l'ordonnance, pour remettre au Tribunal le nom des clients de B_____ SA ayant noué une relation d'affaires en 2017 et 2018 avec elle (ch. 2), imparti à A_____ un délai de 20 jours, dès réception de l'ordonnance, pour indiquer, justificatifs à l'appui, les revenus qu'elle avait perçus entre le 1er juillet et le 31 octobre 2017 de son activité professionnelle auprès des entreprises individuelles F_____, E_____ et par le biais de H_____ SA (ch. 3), dit que l'ordonnance OTPH/39/2020 du 9 janvier 2020 était maintenue pour le surplus (ch. 4) et réservé la suite de la procédure (ch. 5).

Le Tribunal a considéré que les informations requises étaient utiles pour établir l'éventuel revenu perçu de son activité professionnelle par A_____ dès la fin

immédiate des rapports de travail et partant pour se prononcer sur les prétentions de celle-ci fondées sur son licenciement immédiat prétendument injustifié.

Ces informations étaient également utiles pour établir les faits allégués par B_____ SA à savoir la violation de son contrat de travail par A_____, en ce que celle-ci aurait détourné à son profit la clientèle de son employeur, et le dommage qui en serait résulté pour B_____ SA.

b. Par courrier recommandé du 12 février 2021, dont copie a été envoyée aux parties, le Tribunal a communiqué à H_____ SA le ch. 2 du dispositif de l'ordonnance, en l'invitant à s'exécuter dans le délai imparti et en la rendant attentive qu'à teneur de l'art. 160 al. 1 CPC, les tiers étaient tenus de collaborer à l'administration des preuves et en particulier avaient les obligations prévues sous lettres a à c de cette disposition. Néanmoins, selon l'art. 166 al. 1 CPC, tout tiers pouvait refuser de collaborer pour les motifs prévus aux lettres a à e. En cas de refus injustifié de collaborer, le tiers s'exposait aux sanctions prévues à l'art. 167 al. 1 let. a à d CPC, à savoir notamment à une amende de 1'000 fr. au plus, aux sanctions prévues à l'art. 292 CP et à la mise en œuvre de la force publique.

F. **a.** Par acte expédié le 26 février 2021 à la Cour de justice, A_____ forme recours contre l'ordonnance précitée, en sollicitant l'annulation de celle-ci, ainsi que, en tant que de besoin, celle de la lettre adressée le 12 février 2021 à H_____ SA. Elle conclut, principalement, à ce que la Cour dise qu'elle ne doit pas communiquer au Tribunal les revenus qu'elle a perçus au-delà du 30 septembre 2017 et qu'elle ne doit pas communiquer les noms de clients, ou tout autre information de tiers, ayant hypothétiquement conclu une relation d'affaires avec elle en 2017 et 2018, dise que H_____ SA ne doit pas communiquer les noms de clients, ou tout autre information de tiers, ayant hypothétiquement conclu une relation d'affaires avec elle en 2017 et 2018 et rejette toutes les demandes de B_____ SA visant à faire ordonner à A_____ ou à tout tiers de remettre au Tribunal des listes de noms d'anciens clients de B_____ SA ou toutes autres informations en lien avec des clients. Subsidiairement, A_____ conclut au renvoi de la cause au Tribunal pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Elle sollicite la condamnation de sa partie adverse "à tous les frais de la présente cause, y compris une juste indemnité valant participation" à ses frais de défense.

b. Par arrêt du 17 mars 2021, la Cour a admis la requête de A_____ tendant à suspendre l'effet exécutoire attaché à l'ordonnance attaquée et dit qu'il serait statué sur les frais liés à la décision dans l'arrêt rendu sur le fond.

c. Dans sa réponse du 22 mars 2021, B_____ SA conclut au rejet du recours et à la condamnation de sa partie adverse "en tous les dépens y compris une équitable indemnité de procédure" pour son avocat.

d. Les parties ont été informées le 20 avril 2021 de ce que la cause était gardée à juger, A_____ n'ayant pas fait usage de son droit de répliquer.

EN DROIT

1. **1.1** Le recours est recevable contre les décisions finales, incidentes et provisionnelles de première instance qui ne peuvent pas faire l'objet d'un appel (art. 319 let. a CPC) et contre les autres 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 (ch. 2).

Par définition, les décisions visées à l'art. 319 let. b CPC ne sont ni finales, ni partielles, ni incidentes, ni provisionnelles. Il s'agit de décisions d'ordre procédural par lesquelles le tribunal détermine le déroulement formel et l'organisation matérielle de l'instance (JEANDIN, Commentaire romand, Code de procédure civile, 2ème éd. 2019, n. 11 ad art. 319 CPC; FREIBURGHAUS/AFHELDT, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3ème éd. 2016, n. 11 ad art. 319 CPC).

La notion de "*préjudice difficilement réparable*" est plus large que celle de "*préjudice irréparable*" au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF (ATF 137 III 380 consid. 2, SJ 2012 I 77). Constitue un "*préjudice difficilement réparable*" 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 doit se montrer exigeante, voire restrictive, avant d'admettre l'accomplissement de cette condition. Retenir le contraire équivaudrait à permettre à un plaideur de contester immédiatement toute ordonnance d'instruction pouvant avoir un effet sur le sort de la cause, ce que le législateur a justement voulu éviter (ACJC/615/2014 du 23 mai 2014 consid. 1.4.1; JEANDIN, Commentaire romand, Code de procédure civile, 2ème éd. 2019, n. 22 ad art. 319 CPC).

La décision refusant ou admettant des moyens de preuve offerts par les parties ne cause en principe pas de préjudice irréparable puisqu'il est normalement possible, en recourant contre la décision finale, d'obtenir l'administration de la preuve refusée à tort ou d'obtenir que la preuve administrée à tort soit écartée du dossier (ATF 141 III 80 consid. 1.2 et les arrêts cités). L'admissibilité d'un recours contre une ordonnance d'instruction doit donc demeurer exceptionnelle et le seul fait que le recourant ne puisse se plaindre d'une violation des dispositions en matière de preuve qu'à l'occasion d'un appel sur le fond ne constitue pas en soi un préjudice difficilement réparable (ACJC/351/2014 du 14 mars 2014 consid. 2.3.1; JEANDIN, op. cit., n. 22 ad art. 319 CPC; REICH in Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, n. 8 ad art. 319 CPC, n. 10 ad art. 319 CPC).

Le préjudice sera ainsi considéré comme difficilement réparable s'il ne peut pas être supprimé ou seulement partiellement, même dans l'hypothèse d'une décision

finale favorable au recourant (REICH, op. cit., n. 8 ad art. 319 CPC), par exemple lorsque le moyen de preuve refusé risque de disparaître ou qu'une partie est astreinte, sous la menace de l'amende au sens de l'art. 292 CP, à produire des pièces, susceptibles de porter atteinte à ses secrets d'affaires ou à ceux de tiers, sans que le tribunal n'ait pris des mesures aptes à les protéger (arrêts du Tribunal fédéral 4A_108/2017 du 30 mai 2017 consid. 1.2; 4A_64/2011 du 1er septembre 2011 consid. 3.2 et 3.3; 5A_603/2009 du 26 octobre 2009 consid. 3.1; 4A_195/2010 du 8 juin 2010 consid. 1.1.1). Quand tout est étalé sur la table du prétoire - liste de clients ou autres informations sensibles - le mal est fait et le préjudice est quasiment irréparable (SCHWEIZER, Commentaire romand, Code de procédure civile, 2ème éd. 2019, n. 16 ad art. 156 CPC).

La divulgation forcée de secrets d'affaires est susceptible de léser irrémédiablement les intérêts juridiques de la partie concernée, en tant qu'elle implique une atteinte définitive à sa sphère privée (arrêts du Tribunal fédéral 4A_63/2016 du 10 octobre 2016 consid. 1.1; 4A_315/2008 du 27 avril 2009 consid. 1.5).

Il appartient au recourant 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 134 III 426 consid. 1.2 et 133 III 629 consid. 2.3.1).

Si la condition du préjudice difficilement réparable n'est pas remplie, la partie doit attaquer l'ordonnance avec la décision finale sur le fond (Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006 6841, p. 6984).

1.2 En l'espèce, comme la Cour a déjà eu l'occasion de le retenir dans son arrêt du 20 juillet 2020, l'identification de la clientèle de la recourante et de celle de H_____ SA porte atteinte à des secrets d'affaires. A supposer que l'identité des clients soit révélée, ladite atteinte ne sera pas réparé par un jugement final qui, par hypothèse, admettra les prétentions de la recourante et/ou rejettera celles de l'intimée. Les chiffres 1 et 2 de l'ordonnance attaquée sont donc susceptibles de causer un préjudice sinon irréparable, au moins difficilement réparable, non seulement à l'intimée, mais également à des tiers, soit à H_____ SA et aux clients en question.

Le recours, qui a été a déposé dans la forme et le délai de dix jours prescrits par la loi (art. 130, 131 et 321 al. 1 et 2 CPC), est donc recevable en tant qu'il vise les deux points mentionnés.

En revanche, le recours est irrecevable en tant qu'il porte sur l'injonction faite à la recourante de produire les renseignements et justificatifs relatifs aux revenus qu'elle a réalisés entre le 1er juillet et le 31 octobre 2017 par l'intermédiaire de ses deux entreprises individuelles et par le biais de son activité professionnelle auprès

de H_____ SA (ch. 3 du dispositif de l'ordonnance attaquée). En effet, à juste titre, la recourante ne prétend pas que la production de ces renseignements et justificatifs serait susceptible de lui causer un préjudice difficilement réparable. Cette production n'entraîne aucune identification de clientèle. La recourante conservera la possibilité, en attaquant la décision au fond qui lui serait par hypothèse défavorable, d'obtenir que les preuves administrées à tort soient écartées du dossier.

2. La recourante remet en cause les injonctions du Tribunal visant la production, par H_____ SA et par elle-même, du nom des clients de l'intimée qui ont noué une relation d'affaires en 2017 et 2018 avec ladite société, respectivement avec la recourante, celle-ci étant également tenue de fournir les renseignements et justificatifs relatifs aux revenus qu'elle réalisés par ce biais du 1er juillet au 31 octobre 2017.

2.1

2.1.1 En vertu de la maxime des débats, il incombe aux parties de réunir les éléments du procès. Celles-ci doivent alléguer les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions, c'est-à-dire les faits justifiant leurs conclusions (HOHL, Procédure civile, Tome I, 2ème éd. 2016, p. 207, n. 1257).

Dans un premier temps, la partie doit énoncer les faits pertinents, c'est-à-dire les faits correspondant aux faits constitutifs de l'état de fait de la disposition légale applicable en l'espèce; elle doit les énoncer de manière suffisamment précise pour que la partie adverse puisse motiver sa contestation ou en apporter la contre-preuve. Dans un second temps, si la partie qui supporte le fardeau de l'allégation voit ses allégués de faits décisifs contestés par son adversaire, elle est contrainte d'exposer ces faits plus en détail, et non pas seulement dans leurs traits essentiels; il faut que le contenu de l'allégation de chacun des faits pertinents permette au juge d'administrer les preuves nécessaires pour élucider et d'appliquer le droit au cas particulier (HOHL, op. cit., p. 208, n. 1263-264 et les références citées).

Les parties doivent en outre indiquer les moyens de preuve nécessaires à établir les faits qu'elles allèguent et en requérir l'administration (HOHL, op. cit., p. 209, n. 1270). Le moyen de preuve offert doit être adéquat (art. 152 al. 1 CPC), c'est-à-dire apte à prouver le fait en question (HOHL, op. cit., p. 272, n. 1640).

Dans un procès régi par la maxime des débats, les parties ont chacune deux chances de s'exprimer – c'est-à-dire d'introduire des allégués, des offres de preuves, des moyens d'attaque ou de défense – sans limites (ATF 140 III 312 consid. 6.3.2.3, JdT 2016 II 257; 146 III 55 consid. 2.4.1 et 2.4.2; BASTONS BULLETTI, in CPC Online, newsletter du 11 septembre 2019) : une première fois dans le cadre du premier échange d'écritures; une seconde fois soit dans le cadre d'un second échange d'écritures, soit – s'il n'en est pas ordonné – à une audience

d'instruction (art. 226 al. 2 CPC) ou "à l'ouverture des débats principaux" ("zu Beginn der Hauptverhandlung"; "all'inizio del dibattimento") avant les premières plaidoiries (art. 229 al. 2 CPC) (ATF 144 III 67 consid. 2.1; HEINZMANN, in CPC Online, newsletter du 7 février 2018).

Après la clôture de la phase d'allégation, la présentation d'allégués et offres de preuve nouveaux n'est plus possible qu'aux conditions restrictives de l'art. 229 al. 1 CPC (ATF 146 III 55 consid. 2.5.2). L'art. 229 al. 3 CPC s'applique toutefois lorsque le tribunal doit établir les faits d'office, comme dans les litiges relevant de la LEg (art. 243 al. 2 let. a et 247 al. 2 let. a CPC).

La preuve a pour objet les faits pertinents et contestés (art. 150 al. 1 CPC).

Toute partie a droit à ce que le tribunal administre les moyens de preuve adéquats proposés régulièrement et en temps utile (art. 152 al. 1 CPC).

Le juge doit décider quels faits doivent être prouvés et quels moyens de preuve il est nécessaire d'administrer. Il doit ensuite communiquer sa décision aux parties par une ordonnance de preuves (art. 154 CPC; arrêt du Tribunal fédéral 4A_108/2017 du 30 mai 2017 consid. 3.1).

Si une ordonnance d'instruction est susceptible de recours immédiat - ce qui est le cas lorsqu'elle peut causer un préjudice difficilement réparable-, elle doit être motivée (arrêt du Tribunal fédéral 4A_128/2017 du 12 mai 2017 consid. 5.4).

2.1.2 A teneur de l'art. 321e al. 1 CO, le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence.

Cette disposition reprend le principe général de la responsabilité contractuelle, laquelle est subordonnée aux quatre conditions usuelles, soit l'existence d'un dommage, la violation par l'employé de l'une ou l'autre de ses obligations contractuelles, le rapport de causalité naturelle et adéquate entre cette violation et le dommage, et la faute, qui est présumée. Il appartient à l'employeur de prouver notamment la violation contractuelle et le dommage (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4ème éd., 2019, pp. 161-162).

Le travailleur exécute avec soin le travail qui lui est confié et sauvegarde fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur (art. 321a al. 1 CO).

Le devoir de fidélité du travailleur implique notamment que celui-ci s'abstienne d'entreprendre tout ce qui pourrait nuire économiquement à l'employeur (ATF 117 II 74 consid. 4a; arrêt du Tribunal fédéral 4C.263/2001 du 22 janvier 2002 consid. 2d).

Ne contrevient pas à son devoir de fidélité le travailleur qui fonde une société et prépare une activité qui ne doit débuter qu'à l'expiration des rapports de travail,

alors qu'il voue tout son temps de travail à son employeur. Un tel comportement ne porte pas nécessairement préjudice aux intérêts économiques légitimes de l'employeur. Corollairement, il ne viole pas le devoir de fidélité du travailleur, pour autant que celui-ci ne commence pas à concurrencer son employeur, à débaucher des employés ou à détourner de la clientèle (WYLER/HEINZER, op. cit., p. 118 et les références citées).

2.2

2.2.1 En l'espèce, le Tribunal considère que les informations faisant l'objet des deux injonctions critiquées par la recourante sont utiles pour établir les allégations de l'intimée au sujet de la violation du contrat de travail par l'employée, soit le détournement de la clientèle au profit de celle-ci, d'une part, et au sujet du dommage subi par l'employeur, d'autre part.

Il n'est à juste titre pas contesté que les prétentions élevées par l'intimée dans sa demande du 25 avril 2018 sont soumises à la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC) et que, dans la mesure où la procédure visant ces prétentions n'a pas fait l'objet d'un second échange d'écritures, l'intimée pouvait compléter l'état de fait et proposer de nouvelles offres de preuve lors des débats d'instruction du 17 octobre 2019. Les allégations et offres de preuve contenues dans l'écriture de l'intimé du 17 octobre 2019 (cf. ci-dessus, partie En fait, let. C.c), réitérées et complétées lors de l'audience de débats d'instruction du 14 novembre 2019 (cf. ci-dessus, partie En fait, let. D.b), étaient donc recevables, comme le Tribunal l'a d'ailleurs retenu à raison dans son ordonnance du 19 décembre 2019.

Les allégations que l'intimée entend prouver par les informations et pièces à fournir par la recourante sont les suivantes: dès 2016, la recourante a nourri secrètement le projet de quitter l'intimée, afin de rejoindre une autre entreprise (allégué 9). Son mari administrait une société concurrente (allégué 10). Depuis son départ, la recourante a inscrit au Registre du commerce deux entreprises individuelles (allégué 11). La recourante a perçu, après sa démission, des revenus de son activité professionnelle propre et auprès d'entreprises, dont la société administrée par son mari. Ces revenus provenaient des clients de l'intimée détournés par la recourante vers ces entreprises ("allégué supplémentaire du 17 octobre 2019),

L'intimée reproche en substance à la recourante d'avoir commencé avant la résiliation des rapports de travail à la concurrencer et à détourner de la clientèle. La violation contractuelle alléguée ne porte pas sur la perception, après le 29 juin 2017, de revenus par le biais de l'activité déployée pour des anciens clients de l'intimée. Ainsi, les faits faisant l'objet de l'"allégué supplémentaire" de l'intimée du 17 octobre 2019 n'apparaissent pas déterminants pour l'examen de la violation contractuelle allégué. Les moyens de preuve proposés le 17 octobre 2019 ne sont

donc pas aptes à établir le fondement factuel attribué par l'intimée à cette violation.

Par ailleurs, l'intimée a chiffré son prétendu dommage et a donné tous les détails au sujet de son calcul, pièces à l'appui, sans distinguer les clients qui auraient rejoint la recourante ou la société de son mari. L'identification de la clientèle requise par l'intimée n'est donc pas nécessaire. De plus, l'employeur fait valoir que son dommage correspond aux honoraires de gestion qu'il n'a pas pu encaisser jusqu'au 30 septembre 2017 des clients qu'il énumère dans sa pièce 18. Le revenu qu'aurait par hypothèse réalisé la recourante en s'occupant d'éventuels clients détournés n'est ainsi pas déterminant. Les moyens de preuve proposés ne sont par conséquent pas adéquats pour établir le dommage allégué.

Le fait que la recourante est titulaire de deux entreprises individuelles et que son mari administre une société anonyme sont d'ores et déjà prouvés par les extraits du Registre du commerce figurant au dossier. Enfin, l'on ne voit pas en quoi les renseignements litigieux seraient aptes à établir que la recourante avait, depuis 2016, nourri secrètement le projet de quitter l'intimée, afin de rejoindre une autre entreprise. Sur ce point, l'intimée propose d'ailleurs l'audition des parties et de témoins.

2.2.2 Le Tribunal ne peut être suivi lorsqu'il considère que les informations au sujet des clients de l'intimée ayant noué une relation d'affaires en 2017 et 2018 avec la recourante et avec la société du mari de celle-ci sont utiles pour établir l'éventuel revenu perçu par la recourante dès la fin immédiate des rapports de travail et partant pour se prononcer sur les prétentions de celle-ci fondées sur son licenciement immédiat prétendument injustifié.

En effet, selon l'art. 337c al. 1 CO, en cas de résiliation immédiate injustifiée du contrat de travail par l'employeur, le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé. Aux termes de l'art. 337c al. 2 CO, on impute sur ce montant notamment le revenu que le travailleur a tiré d'un autre travail. En l'espèce, il suffit donc de déterminer les revenus que la recourante a réalisé de juin à septembre 2017, éléments qui sont couverts par les informations et pièces que la recourante sera tenue de produire en application du chiffre 3 du dispositif de l'ordonnance attaquée.

2.2.3 Au vu des considérations qui précèdent, il est superflu d'examiner la recevabilité des allégations et offres de preuves que l'intimée a présentées le 17 octobre 2019 dans le cadre des prétentions soumises à la maxime inquisitoire (art. 55 al. 2, 243 al. 2 let. a et 247 al. 2 let. a CPC) élevées par la recourante à son encontre.

2.2.4 En définitive, le recours sera admis en tant qu'il est dirigé contre les chiffres 1 et 2 du dispositif de l'ordonnance attaquée.

Ces deux points seront annulés (art. 327 al. 2 let. a CPC). La cause sera renvoyée au Tribunal pour qu'il fixe à la recourante un nouveau délai pour se conformer au chiffre 3 du dispositif de l'ordonnance et pour qu'il révoque la mesure d'administration des preuves notifiée le 12 février 2021 à H_____ SA sur la base du chiffre 2 de l'ordonnance.

3. Les frais judiciaires seront arrêtés à 800 fr. (art. 19 al. 3 let. c LaCC) et mis à la charge de chacune des parties par moitié, vu l'issue du litige (art. 106 al. 2 CPC). Ils seront compensés avec l'avance fournie par le recourante, laquelle demeure acquis à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC). L'intimée versera 400 fr. à la recourante à titre de remboursement partiel de l'avance de frais (art. 111 al. 2 CPC).

Il ne sera 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 interjeté le 26 février 2021 par A_____ en tant qu'il est dirigé contre les chiffres 1 et 2 du dispositif de l'ordonnance OTPH/309/2021 rendue le 12 février 2021 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/21478/2017.

Déclare irrecevable le recours en tant qu'il est dirigé contre le chiffre 3 du même dispositif.

Au fond :

Annule les chiffres 1 et 2 du dispositif de l'ordonnance attaquée.

Renvoie la cause au Tribunal des prud'hommes pour qu'il fixe à A_____ un nouveau délai pour se conformer au chiffre 3 du dispositif de l'ordonnance attaquée et pour qu'il révoque la mesure d'administration des preuves notifiée le 12 février 2021 à H_____ SA.

Confirme l'ordonnance attaquée pour le surplus.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires du recours à 800 fr., les met à la charge de chacune des parties par moitié et les compense avec l'avance effectuée, laquelle demeure acquise à l'Etat de Genève.

Condamne B_____ SA à verser à A_____ 400 fr. à titre de remboursement partiel des frais judiciaires du recours.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens de recours.

Siégeant :

Monsieur Ivo BUETTI, président; Madame Nadia FAVRE, juge employeur; Monsieur Thierry ZEHNDER, juge salarié; Madame Chloé RAMAT, greffière.

<u>Indication des voies de recours et valeur litigieuse</u> :

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.