REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/4701/2018-5 **CAPH/103/2021**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 5 JUIN 2021

Entre

A_____ SA (anciennement B_____ SA), sise c/o C_____, _____[GE], recourante contre une ordonnance rendue par le Tribunal des prud'hommes le 17 février 2021, comparant par Me Philippe PRETI, avocat, Mentha Avocats, rue de l'Athénée 4, case postale 330, 1211 Genève 12, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

et

Monsieur D_____, domicilié _____[VS], intimé, comparant par Me Marc MATHEY-DORET, avocat, REGO AVOCATS, Esplanade de Pont-Rouge 4, case postale, 1211 Genève 26, en l'Étude duquel il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 8 juin 2021.

EN FAIT

A. Par ordonnance d'instruction et de preuves du 17 février 2021, notifiée aux parties le jour même, le Tribunal des Prud'hommes a notamment imparti à A_____ SA un délai pour produire le dossier E_____ du mois d'octobre 2015 (ch. 11 du dispositif), le journal E_____, y compris le log et le relevé des logs pendant la période contractuelle (ch. 12), dit que D_____ devait prouver que le motif de licenciement invoqué par A_____ SA était fictif et le motif abusif plus plausible, A_____ SA étant admise à la contre-preuve (ch. 16), qu'il devait prouver les circonstances de fait justifiant une indemnité pour licenciement abusif équivalente à six mois de salaire, A_____ SA étant admise à la contre-preuve (ch. 17) et que A_____ SA devait prouver que D_____ avait disposé de l'entier de ses jours de récupération ou avait été indemnisé pour ceux-ci, ce dernier-étant admis à la contre-preuve (ch. 18).

B. **a.** Le 1er mars 2021, A_____ SA a formé recours contre les chiffres 11, 12 et 16 à 18 de cette ordonnance, concluant principalement à ce que la Cour les annule et déboute D_____ de toutes ses conclusions. Préalablement, elle a conclu à ce que la Cour constate la péremption de la prétention de sa partie adverse à une indemnité pour congé abusif au sens de l'art. 336a CO.

b. Le 12 avril 2021, D_____ a conclu à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet. Il a indiqué qu'il ne s'opposait pas à ce que la Cour précise l'ordonnance querellée en ce sens que sa partie adverse était autorisée à caviarder les noms de tiers dans les documents susceptibles de porter atteinte au secret médical.

c. Les parties ont répliqué et dupliqué, persistant dans leurs conclusions.

d. Elles ont été informées le 11 mai 2021 de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les faits pertinents suivants résultent du dossier.

a. A_____ SA, inscrite au registre du commerce le _____ 1975, a comme but social l'exploitation d'assurances. Sa raison sociale a été B_____ SA jusqu'au _____ 2020.

A_____ SA est une filiale de l'association B_____ (B_____).

b. D_____ a été engagé par A_____ SA en tant que "_____" à compter du 21 janvier 2013. Il a été licencié le 17 mai 2016 avec effet au 31 août 2016.

Il a contesté son licenciement le 15 juillet 2016.

c. Le 23 février 2017, D_____ a déposé par devant la Juridiction des prud'hommes, aux fins de conciliation, une demande en paiement de 725'466 fr. 20 à l'encontre de B_____ (B_____) au titre d'indemnités pour congé abusif, vacances non prises, jours de récupération non pris, heures supplémentaires et travail supplémentaire.

L'autorisation de procéder contre cette société lui a été octroyée à l'issue de l'audience de conciliation du 16 mai 2017.

d. Le 12 septembre 2017, D_____ a déposé par-devant le Tribunal des prud'hommes la même demande, mais dirigée cette fois contre A_____ SA, concluant à titre préalable à ce que la qualité de la partie défenderesse soit rectifiée en ce sens que la partie défenderesse était A_____ SA et non B_____ (B_____).

Par jugement du 16 janvier 2018, le Tribunal des prud'hommes a rejeté cette requête et a déclaré irrecevable la demande dirigée contre A_____ SA, faute pour l'employé d'avoir obtenu l'autorisation de procéder idoine. Ce jugement a été confirmé par arrêt de la Cour de justice du 13 novembre 2018 et par arrêt du Tribunal fédéral du 3 octobre 2019.

e. le 16 février 2018, D_____ a déposé en conciliation la même demande en paiement, dirigée cette fois-ci contre A_____ SA.

Suite à l'échec de la tentative de conciliation le 24 avril 2018, la demande a été introduite devant le Tribunal le 23 août 2018.

f. D_____ a notamment sollicité à titre préalable que le Tribunal condamne sa partie adverse à produire le dossier E_____ du mois d'octobre 2015. Ce dossier était destiné à prouver ses allégués 152 à 158, selon lesquels le rapatriement d'une assurée avait été retardé de manière injustifiée pour des raisons financières.

g. Dans sa réponse du 4 mars 2020, A_____ SA a conclu à ce que le Tribunal déclare irrecevable les conclusions de D_____ en paiement d'une indemnité pour licenciement abusif, faute pour celui-ci d'avoir respecté le délai de péremption de 180 jours, lui donne acte de ce qu'elle reconnaissait lui devoir 5'257 fr. 27 au titre de vacances et le déboute de toutes autres conclusions.

Elle s'est opposée à la requête de production du dossier E_____ du mois d'octobre 2015 au motif qu'il s'agissait d'un logiciel interne de gestion des cas médicaux, qui n'était pas conservé dans le système informatique. En outre, les données qu'il contenait étaient soumises au secret médical. La requête était dénuée de pertinence car son ex-employé était soumis à un horaire irrégulier et toute éventuelle heure supplémentaire était forfaitairement comprise dans son salaire mensuel.

h. Par réplique du 16 octobre 2020, D_____ a persisté dans ses conclusions et a requis la production du journal E_____ avec le log et le relevé des logs.

i. A_____ SA a dupliqué le 18 décembre 2020. Elle a conclu à titre préalable à ce que le Tribunal déclare irrecevable deux pièces produites par sa partie adverse, et, à titre principal, à ce qu'un montant de 4'200 fr. soit imputé sur la somme de 5'257 fr. 27 qu'elle reconnaissait devoir à celle-ci. Pour le reste, elle a persisté dans ses conclusions précédentes.

j. Lors de l'audience de débats d'instruction du 17 février 2021, D_____ a notamment indiqué qu'il ne s'opposait pas à ce que les pièces qu'il sollicitait soient caviardées pour protéger la sphère privée de tiers.

L'ordonnance querellée a été rendue à l'issue de l'audience.

EN DROIT

1. **1.1.1** Le recours est recevable contre des 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).

Le délai de recours contre les ordonnances d'instruction est de dix jours (art. 321 al. 2 CPC).

La notion de préjudice difficilement réparable est plus large que celle de préjudice irréparable consacré par l'art. 93 al. 1 let. a LTF. Ainsi, elle ne vise pas seulement un inconvénient de nature juridique, mais toute incidence dommageable, y compris financière ou temporelle, pourvu qu'elle soit difficilement réparable. L'instance supérieure devra se montrer exigeante, voire restrictive, avant d'admettre la réalisation de cette 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 (Jean-Luc COLOMBINI, Code de procédure civile, condensé de la jurisprudence fédérale et vaudoise, 2018, n. 4.1.3 ad art. 319 CPC; BLICKENSTORFER, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2011, n. 39 ad art. 319 CPC; JEANDIN, Commentaire romand, n. 22 ad art. 319 CPC et références citées).

Une simple prolongation de la procédure ou un accroissement des frais ne constitue ainsi pas un préjudice difficilement réparable (SPÜHLER, in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2017, n. 7 ad art. 319 CPC; HOFFMANN-NOWOTNY, ZPO-Rechtsmittel, Berufung und Beschwerde, 2013, n. 25 ad art. 319 CPC).

Le seul fait que la partie ne puisse se plaindre d'une administration des preuves contraire à la loi qu'à l'occasion d'un recours sur le fond n'est pas suffisant pour retenir que la décision attaquée est susceptible de lui causer un préjudice difficilement réparable. Admettre le contraire reviendrait en effet à permettre au plaideur de contester immédiatement toute mesure d'instruction pouvant avoir un effet sur le sort de la cause, ce que le législateur a précisément voulu éviter. Ainsi, les ordonnances de preuve et les refus d'ordonner une preuve doivent en règle générale être contestés dans le cadre du recours ou de l'appel contre la décision finale (COLOMBINI, op. cit., n. 4.3.1 et 4.3.2 ad art. 319 CPC).

Selon la jurisprudence une éventuelle erreur dans l'ordonnance de preuve concernant la répartition du fardeau de la preuve peut être réparée dans la suite du procès en première instance ou en appel, de sorte qu'un recours immédiat contre une ordonnance de preuve pour ce motif n'est pas recevable (arrêt du Tribunal fédéral 4A_671/2015 du 18 février 2016).

Les décisions en matière de preuve sont susceptibles de causer un préjudice irréparable à leur destinataire lorsqu'elles mettent en jeu la sauvegarde d'un secret (arrêt du Tribunal fédéral 1C_247/2009 du 8 juillet 2009, RSPC 2009, p. 399; 4A_269/2011 du 10 novembre 2011 consid. 1.3)

Lorsque la condition du préjudice difficilement réparable n'est pas remplie, la décision incidente ne pourra être attaquée qu'avec le jugement rendu au fond (Message du Conseil fédéral relatif au CPC, FF 2006 6841, p. 6984; BRUNNER, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2018, n. 13 ad art. 319 ZPO; BLICKENSTORFER, op. cit., n. 40 ad art. 319 CPC).

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 134 III 426 consid. 1.2 et 133 III 629 consid. 2.3.1; HALDY, Commentaire romand, n. 9 ad art. 126 CPC).

1.1.2 Selon l'art. 156 CPC, le tribunal ordonne les mesures propres à éviter que l'administration des preuves ne porte atteinte à des intérêts dignes de protection des parties ou de tiers, notamment à des secrets d'affaires.

1.2 L'ordonnance querellée est une ordonnance d'instruction qui entre dans le champ d'application de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC, ce qui n'est contesté par aucune des parties.

La recourante fait valoir que les chiffres 11 et 12 du dispositif de l'ordonnance querellée lui causent un préjudice difficilement réparable car les documents concernés contiennent des données confidentielles relatives à ses assurés. Elle n'explique par contre pas en quoi les chiffres 16 et 17 du dispositif précité lui causent un préjudice difficilement réparable. Elle allègue qu'une "décision finale

rendue sur la base du fardeau de la preuve tel qu'envisagé par le Tribunal (…) concernant les jours de récupération sous chiffre 18 ferait" qu'elle serait "forclose à le contester avec un jugement final".

L'intimé expose pour sa part que le programme E_____ est un logiciel informatique utilisé pour des situations de rapatriement d'assurés, auquel il pouvait se connecter en tout temps et où qu'il soit. Le journal E_____ ne contenait aucune donnée confidentielle car il s'agissait uniquement du relevé de ses propres logs. Les données confidentielles contenues dans le dossier E_____ du mois d'octobre 2015 pouvaient quant à elles être caviardées pour sauvegarder le secret médical.

En l'espèce, la Cour constate que la recourante n'établit pas que la production du dossier E_____ du mois d'octobre 2015 lui causerait un préjudice difficilement réparable en ce sens qu'il existait un risque de divulgation d'un secret protégé par la loi.

En effet, un tel risque peut être évité par le caviardage du nom de la personne concernée par l'incident de rapatriement exposé dans la demande de l'intimé. A cet égard, l'ordonnance querellée indique expressément que l'intimé s'est déclaré d'accord avec cette manière de faire lors de l'audience du 17 février 2021.

Il n'est pas établi que le relevé des logs du journal E_____ contienne quant à lui des données confidentielles. L'intimé a exposé de manière convaincante que le journal en question ne contenait pas de nom d'assuré et la recourante n'a fourni aucun élément permettant de retenir que tel serait le cas.

Afin d'éviter toute contestation sur ce point et comme le propose l'intimé, la Cour précisera cependant l'ordonnance querellée en ce sens qu'il sera expressément indiqué que la recourante est autorisée à caviarder dans les documents produits les noms de tiers protégés par le secret médical.

En tant qu'il est dirigé contre les chiffres 11 et 12 du dispositif de l'ordonnance querellée, le recours est ainsi irrecevable pour le surplus, à défaut de risque de préjudice difficilement réparable.

Le recours est également irrecevable en tant qu'il concerne les chiffres 16 et 17 dudit dispositif, puisque la recourant n'invoque aucun risque de préjudice difficilement réparable en lien avec les mesures ordonnées.

La recourante ne subit pas non plus de risque de préjudice difficilement réparable en raison de la répartition du fardeau de la preuve prévue au chiffre 18 du dispositif de l'ordonnance du 17 février 2021.

A supposer qu'elle succombe sur la question des jours de récupération en raison du fait que le Tribunal aurait, cas échéant, procédé à une répartition erronée du fardeau de la preuve, la recourante aura la possibilité de contester ce point dans un éventuel appel formé contre le jugement final.

Elle ne sera ainsi pas, contrairement à ce qu'elle allègue, forclose à contester une éventuelle violation du droit sur ce point par le Tribunal.

Il ressort de ce qui précède que l'ordonnance querellée n'est pas susceptible de causer à la recourante un préjudice difficilement réparable qui ne pourrait pas être supprimé dans l'hypothèse d'une décision finale qui lui serait défavorable.

Aucune des situations exceptionnelles prévue par la jurisprudence pour l'admission du recours immédiat contre une ordonnance de preuve n'est réalisée en l'espèce.

Il n'y a ainsi aucune raison qui justifie *in casu* de s'écarter du principe selon lequel les ordonnances de preuve et les refus d'ordonner une preuve doivent, conformément à la règle générale être contestés dans le cadre du recours ou de l'appel contre la décision finale.

1.3 La recourante fait par ailleurs valoir que le Tribunal aurait dû d'office constater que la prétention de sa partie adverse relative au versement d'une indemnité pour congé abusif était périmée et elle conclut à ce que la Cour procède elle-même à cette constatation.

Dans la mesure où le Tribunal n'a pas encore tranché cette question, qui relève du fond du litige, la Cour ne saurait se prononcer sur celle-ci.

Contrairement à ce qu'allègue la recourante, rien n'obligeait le Tribunal à trancher d'emblée cet aspect du litige. La recourante n'allègue d'ailleurs pas avoir requis une décision préalable sur ce point avant la notification de l'ordonnance querellée.

En l'absence de décision querellée rendue par le Tribunal sur la question de la péremption, le recours est également irrecevable à cet égard.

Il résulte de ce qui précède que les chiffres 11 et 12 du dispositif de l'ordonnance querellée seront complétés en ce sens que la recourante sera autorisée à caviarder les noms des tiers protégés par le secret médical sur les documents concernés.

Le recours sera déclaré irrecevable pour le surplus.

2. La recourante, qui succombe, sera condamnée aux frais judiciaires du recours, arrêtés à 800 fr. et compensés avec l'avance versée par ses soins, laquelle restera acquise à l'Etat de Genève (art. 39 et 71 RTFMC).

Il ne sera pas alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC).

PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes, groupe 5:

Complète les chiffre 11 et 12 du dispositif de l'ordonnance du Tribunal des prud'hommes du 17 février 2021 en ce sens que A_____ SA est autorisée à caviarder les noms des tiers protégés par le secret médical figurant sur les documents visés aux chiffres précités.

Déclare pour le surplus irrecevable le recours formé par A_____ SA contre l'ordonnance d'instruction et de preuves rendue le 17 février 2021 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/4701/2018-1.

Met à la charge de A_____ SA les frais judiciaires de recours, arrêtés à 800 fr. et compensés avec l'avance versée, acquise à l'Etat de Genève.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, présidente; Monsieur Michael RUDERMANN, juge employeur; Madame Shirin HATAM, juge salariée; Madame Chloé RAMAT, greffière.

Indication des voies de recours et valeur litigieuse :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 15'000 fr.