

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/7731/2014-4

CAPH/11/2016

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 19 JANVIER 2016

Entre

A_____, sise _____, Zurich, recourante d'une ordonnance rendue par le Tribunal des prud'hommes le 8 juin 2015, comparant par M^e Anne TROILLET MAXWELL, avocate, SCHNEIDER TROILLET, rue du Rhône 100, 1204 Genève, en l'Étude de laquelle elle fait élection de domicile,

d'une part,

et

Monsieur B_____, domicilié _____, (VD), intimé, comparant par M^e Nicolas PIERARD, avocat, rue Jargonnant 2, case postale 6045, 1211 Genève 6, en l'Étude duquel il fait élection de domicile,

d'autre part.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 19 janvier 2016.

EN FAIT

- A. a.** Par contrat de travail du 17 décembre 2011, la banque A_____ (ci-après : A_____ ou la banque) a engagé B_____ dans sa succursale genevoise à compter du 1^{er} mai 2012 en qualité de chef d'équipe au département «Wealth International Eastern/Central Europe Russia».

Il répondait directement au chef du département, C_____.

- b.** Le _____ 2013, B_____ a été arrêté à son arrivée aux Etats-Unis afin de comparaître, en qualité de témoin, dans une procédure ouverte à la suite de dénonciations d'un employé de la banque aux autorités fiscales américaines.

Le délateur a indiqué que B_____ aurait ouvert des comptes bancaires auprès de A_____ pour son client M. G., sans indiquer la nationalité et la résidence américaine de celui-ci. Les documents afférents à ces comptes mentionnaient que M. G. était citoyen et résident russe. Il a également précisé que plusieurs employés de la banque, dont B_____, avaient mis sur pied un procédé pour aider des contribuables américains, ayant une double nationalité, à dissimuler leurs avoirs aux autorités fiscales américaines. D_____ et C_____ savaient au moment de l'ouverture des comptes de M. G. que ce dernier était citoyen américain ou résident américain.

B_____ a comparu en qualité de témoin devant la justice américaine en date des 22 avril et 7 mai 2013.

- c.** Le 10 mai 2013, dès le retour de B_____ en Suisse, A_____ a suspendu l'activité de ce dernier et mis en place un audit interne afin de rendre des comptes à la FINMA et aux autorités américaines sur cette affaire.

B_____ n'a dès lors plus eu accès à son poste de travail.

- d.** Le 18 juin 2013, la banque a licencié B_____ avec effet au 30 septembre 2013, reporté au 31 décembre 2013 compte tenu de son incapacité de travail. Il a été libéré de son obligation de venir travailler.

A_____ lui reprochait, d'une part, d'avoir violé les règles internes relatives à l'utilisation des moyens de communication privés, en correspondant avec des clients par le biais de son téléphone portable et de son compte email privés et, d'autre part, d'avoir violé les règles internes relatives à l'ouverture de compte pour des clients ayant un lien avec les Etats-Unis.

- B. a.** Le 9 juillet 2014, B_____ a adressé au Tribunal des prud'hommes une demande en paiement de la somme totale de 3'364'913 fr. 40, plus intérêts moratoires dès le 1^{er} janvier 2014, dirigée contre A_____ à titre d'indemnité pour licenciement abusif, de bonus pour l'année 2012, de dommages-intérêts pour gain

manqué, de tort moral et de frais d'avocat avant procès. Il a également conclu à la remise d'un nouveau certificat de travail et à la condamnation de A_____ en tous les frais et dépens.

Préalablement, il a conclu à ce que le Tribunal ordonne à la banque de produire les quatre pièces suivantes :

- les réglementations internes appliquées par la banque qu'il aurait violées (pièce requise n° 1) ;
- la documentation d'ouverture du compte détenu par M. G. auprès de A_____ (pièce requise n° 2) ;
- les documents internes (emails, notes, lettres, mémos, etc...) de la banque datés entre le 18 avril 2013 et le 10 mai 2013 le concernant lui, son arrestation en tant que témoin et/ou la procédure pénale qui s'ensuivit aux Etats-Unis, en particulier tous emails et toutes notes des cadres de la banque, principalement D_____, C_____, E_____, F_____ et G_____, ainsi que tous communiqués internes à ce sujet destinés aux employés de la banque (pièce requise n° 3) ;
- les documents ultérieurs au 10 mai 2013 concernant, d'une part, l'enquête interne conduite par A_____ à son sujet, en particulier tous documents sur l'identité de son employé qui a informé les autorités américaines et, d'autre part, son contrat de travail, en particulier tous emails et notes des cadres de la banque précités, ainsi que tous communiqués internes à ce sujet destinés aux employés de la banque (pièce requise n° 4).

En substances, ces pièces devaient démontrer qu'il n'avait pas commis de faute, dès lors qu'il avait respecté les règlements internes de la banque relatifs aux moyens de communication avec les clients, qu'il avait subi une atteinte à sa personnalité au sens de l'art. 328 CO et de la loi fédérale sur la protection des données (LPD – RS 235.1) de la part de la banque et que celle-ci avait commis des actes illicites via son employé délateur. Dès lors, son licenciement était en réalité essentiellement motivé par le souci de la banque de protéger sa réputation et sa licence bancaire.

b. Par réponse du 17 novembre 2014, A_____ a conclu au rejet des conclusions préalables en production de pièces précitées, ainsi qu'au déboutement de B_____ de ses conclusions au fond.

A l'appui de son écriture, la banque a produit les pièces requises sous n° 1 et 2. En revanche, elle s'opposait à la production de celles requises sous n° 3 et 4, car elles concernaient essentiellement des faits admis par elle, soit l'arrestation de B_____ aux Etats-Unis et le fait qu'il ait été l'objet d'une procédure en qualité de témoin.

En outre, la réquisition de toutes ces pièces constituait du «*fishing expedition*», prohibé par les règles de procédures.

c. Par réplique du 19 février 2015, B_____ a persisté dans ses conclusions et a, en outre, conclu préalablement à la production des pièces supplémentaires suivantes :

- les documents postérieurs au 18 avril 2013 contenant ses données personnelles transmises par la banque à la FINMA en lien avec les faits de cette affaire, y compris sur la délation commise (pièce requise n° 5) ;
- les documents postérieurs au 18 avril 2013 contenant ses données personnelles transmises par la banque aux autorités judiciaires américaines, en particulier le Département de la Justice américaine, en lien avec cette affaire, y compris sur la délation commise (pièce requise n° 6) ;
- les documents postérieurs au 18 avril 2013 contenant ses données personnelles transmises par la banque aux autorités judiciaires américaines, en particulier le Département de la Justice américaine, dans le cadre de l'application du Programme dudit département destiné aux banques suisses pour leur permettre d'échapper à des poursuites aux Etats-Unis (pièce requise n° 7).

Ces pièces étaient indispensables pour établir l'état de fait du présent litige, dès lors qu'elles conditionnaient la qualification juridique des faits en tant qu'actes illicites et violations d'obligations contractuelles commises à son encontre par la banque, fondant sa demande en paiement du 9 juillet 2014.

d. Par duplique du 23 avril 2015, A_____ a persisté dans ses conclusions et a également conclu au rejet des conclusions préalables supplémentaires précitées.

L'ensemble des pièces requises par B_____ étaient inutiles, dès lors qu'elles n'étaient pas à même de résoudre les questions juridiques liées à sa prétendue responsabilité découlant d'une atteinte à la personnalité de ce dernier – atteinte entièrement contestée par elle – et que les raisons du licenciement litigieux avaient été démontrées à satisfaction de droit.

e. Lors de l'audience de débats d'instruction du 1^{er} juin 2015 par-devant le Tribunal, B_____ a persisté à solliciter la production des pièces n° 3 à 7, celles n° 1 et 2 ayant déjà été produites par la banque.

A_____ a soulevé l'incompétence du Tribunal pour ordonner la production des pièces requises sous n° 5 à 7, celles-ci contenant des données personnelles, seul un Tribunal civil ayant cette compétence en application de la LPD.

f. Par ordonnance OTPH/862/2015 du 8 juin 2015, reçue par les parties le lendemain, le Tribunal, statuant sur ordonnance d'instruction, a notamment ordonné à A_____ de produire les documents internes (emails, notes, lettres,

mémos, etc.) datés entre le 18 avril 2013 et le 10 mai 2013 concernant B_____, son arrestation en tant que témoin et/ou la procédure pénale qui s'ensuivit aux Etats-Unis, en particulier tout email et toute note des cadres de la banque, spécialement D_____, C_____, E_____, F_____ et G_____ ainsi que tout communiqué interne à ce sujet destinés à ses employés (chiffre 2 du dispositif), les documents postérieurs au 18 avril 2013 contenant des données personnelles concernant B_____ qu'elle a transmises à la FINMA, ainsi que les rapports et autres documents qu'elle a fournis à cette autorité en lien avec les faits de cette affaire et le litige qui l'oppose à B_____, y compris sur la délation commise (ch. 3) et les documents postérieurs au 18 avril 2013 contenant des données personnelles concernant B_____ qu'elle a transmises au Département de la Justice américaine en lien avec les faits de cette affaire et le litige qui l'oppose à B_____, y compris sur la délation commise (ch.4). Le Tribunal a imparti un délai de quinze jours à la banque dès réception de cette ordonnance pour s'exécuter (ch. 5).

En outre, le Tribunal, statuant sur ordonnance de preuves, a notamment dit que B_____ devait prouver en quoi les motifs de résiliation avancés par la banque étaient fictifs et le motif abusif plus plausible (ch. 12) ; il devait également prouver l'atteinte à sa personnalité de la part de la banque (ch. 15) ainsi que le tort moral et son intensité du fait de cette atteinte (ch. 16). La banque était admise à la contre-preuve.

Les parties ayant un différend quant aux revendications de B_____, le Tribunal a estimé qu'il convenait d'instruire la cause sur les faits contestés. Les documents requis sous pièce n° 3 par ce dernier étaient utiles à l'établissement de l'état de fait, dès lors que la période du 18 avril au 10 mai 2013 était pertinente. Concernant la pièce requise n° 4, le Tribunal a considéré cette requête comme étant imprécise, que le litige ne portait pas sur l'employé qui avait dénoncé B_____ aux autorités américaines et qu'au besoin les témoins pouvaient s'exprimer sur ces éléments. Les pièces requises n° 5 et 6 étaient utiles à la résolution du litige, la banque était toutefois en droit de les caviarder. Enfin la pièce requise n° 7 concernait une autre procédure étrangère, de sorte que sa production ne pouvait pas être ordonnée.

- C. a.** Par acte déposé le 19 juin 2015 au greffe de la Cour de justice, A_____ forme recours contre cette ordonnance, concluant à l'annulation des chiffres 2, 3, 4 et 5 de son dispositif et, principalement, au rejet des conclusions préalables de B_____ en production des pièces sous n° 3, 5 et 6, avec suite de frais et dépens. Subsidiairement, elle conclut au renvoi de la cause au Tribunal pour nouvelle décision.

A titre préalable, la banque a requis la restitution de l'effet suspensif attaché aux chiffres 2 à 5 du dispositif de l'ordonnance entreprise, ce que la Cour a accordé à titre superprovisionnel par décision du 23 juin 2015, puis par arrêt du 6 juillet 2015.

Dans la partie en fait de son recours (III, ch. 4 à 5c), la banque a allégué que B_____ bénéficiait auprès des autorités américaines d'une immunité face aux informations et faits qu'il révélerait.

b. Par mémoire-réponse du 6 juillet 2015, B_____ a conclu à l'irrecevabilité des faits nouveaux allégués par la banque sous chiffres 4 à 5c de son recours, ainsi qu'à l'irrecevabilité de celui-ci. Au fond, il a conclu au rejet dudit recours et à la confirmation de l'ordonnance querellée, subsidiairement à la réforme du ch. 5 de son dispositif, en ce sens que les noms de clients de la banque, par hypothèse cités dans les pièces à produire, soient caviardés, sous la surveillance du Tribunal.

c. Par réplique du 20 juillet 2015 et duplique du 31 juillet 2015, les parties ont persisté dans leurs conclusions et dans leurs argumentations.

d. Par avis du 3 août 2015, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. La décision querellée est une ordonnance d'instruction.

1.1 Une telle décision est susceptible de recours immédiat stricto sensu, dans un délai de 10 jours (321 al. 2 CPC), pour violation du droit et constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC), pour autant que le recourant soit menacé d'un préjudice difficilement réparable (art. 319 let. b ch. 2 CPC).

En l'espèce, le recours a été déposé dans le délai et les formes requis par la loi (art. 321 al. 1 et 2 CPC).

Reste à examiner si la décision querellée peut causer à la recourante un préjudice difficilement réparable au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC.

1.2 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 ; arrêt du Tribunal fédéral 5D_211/2011 du 30 mars 2012 consid. 6.3 ; ACJC/327/2012 du 9 mars 2012 consid. 2.4).

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 équivaldrait 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/35/2014 du 10 janvier 2014 consid. 1.2.1 et références citées).

Un tel préjudice est notamment admis lorsque la sauvegarde de secrets est en jeu ; par exemple, la divulgation forcée de secrets d'affaires est propre à léser irrémédiablement les intérêts juridiques de la partie concernée, en tant qu'elle implique une atteinte définitive à sa sphère privée (arrêt du Tribunal fédéral 4A_195/2010 du 8 juin 2010 consid. 1.1.1). Par secret d'affaires, il faut entendre des connaissances spécifiques que l'employeur veut tenir secrètes et qui touchent à des questions organisationnelles ou financières (arrêt du Tribunal fédéral 4A_31/2010 consid. 2.1 ; AUBERT, in Commentaire romand CO I, 2012, n. 4 ad art. 340 CO).

Il ne suffit cependant pas que la partie requise de produire une pièce affirme que celle-ci contient un secret d'affaires pour que le risque d'un dommage difficilement réparable en cas de production de ladite pièce doive être automatiquement admis (cf. par analogie arrêt du Tribunal fédéral 4A_712/2011 du 13 février 2012 consid. 2.2.2).

La Cour de justice a également admis que la production de documents par une banque comportant les données de clients était susceptible de causer un dommage difficilement réparable, du fait de la violation du secret bancaire (ACJC/604/2015 du 22 mai 2015 consid. 2.1.3 ; CAPH/122/2014 du 25 août 2014 ; ACJC/615/2014 du 23 mai 2014 consid. 1.4.2).

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).

1.3.1 En l'espèce, la recourante soutient, dans un premier argument, que les documents à produire lui causeraient un préjudice difficilement réparable, dès lors qu'ils contiennent des informations susceptibles d'être concernées par le secret bancaire et/ou d'affaires, sans autres précisions.

Les explications de la recourante à cet égard, à qui le fardeau de la preuve incombe, ne sont pas suffisamment développées, ni étayées. Elle n'allègue pas que les documents en cause contiennent des données relatives à ses clients – excepté le client M. G. dont les documents le concernant ont déjà été produits par la recourante – ou à ses employés sans lien avec cette affaire (secret bancaire) ou encore des données relatives à des connaissances spécifiques liées à sa structure ou ses finances (secret d'affaires), nécessitant de rester confidentielles dans son intérêt, notamment pour la préservation de son image, et pour cause.

Les documents requis concernent uniquement l'intimé, son arrestation en tant que témoin aux Etats-Unis et la procédure afférente, ainsi que ses données personnelles, les rapports ou documents en lien avec cette affaire, transmis par la recourante à la FINMA et aux autorités judiciaires américaines. S'agissant des documents transmis à la FINMA et aux autorités américaines, le Tribunal a

précisé que la recourante était en droit de les caviarder, empêchant la révélation d'éventuels secrets bancaires et/ou d'affaires.

Au regard de la jurisprudence précitée, le simple fait d'invoquer son statut de banque, de sorte que les documents à produire contiennent des informations couvertes par le secret bancaire et/ou d'affaires – comme en l'espèce –, ne peut raisonnablement suffire à admettre un préjudice difficilement réparable au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC.

En tous les cas, même si un tel préjudice devait être retenu, les documents requis sont de nature à renseigner le Tribunal sur le motif ayant conduit au licenciement de l'intimé et sur l'éventuelle atteinte à sa personnalité. Ceux-ci sont en effet à même d'établir si d'autres personnes au sein de la banque étaient, ou non, impliquées dans cette affaire et avaient ou non, connaissance de la double nationalité du client M. G., ainsi que sur les éventuelles instructions données aux cadres et aux employés sur ce point, à la suite de l'arrestation de l'intimé.

Ces éléments sont d'autant plus utiles que l'intimé à la charge de la preuve que des motifs de résiliation avancés par la banque étaient fictifs et le fait qu'il ait subi une atteinte à sa personnalité de la recourante, alors même qu'il n'a plus eu accès à son poste de travail dès le 18 avril 2013. Force est ainsi de constater que ce dernier ne dispose pas, au contraire de la banque, des pièces nécessaires à sa défense.

En outre, bien que cette réquisition soit d'une certaine ampleur, le Tribunal l'a circonscrite aux documents concernant l'intimé, son arrestation et la période postérieure au 18 avril 2013. Une telle désignation générique est toutefois admissible, dès lors qu'il est objectivement possible de distinguer les pièces visées par l'ordonnance querellée de celles qui ne le seraient pas, du fait de la référence à une personne et un fait précis, ainsi qu'à compter d'une date précise. Dès lors la production de pièces litigieuses ne consacre pas un cas de «*fishing expedition*» prohibé par l'ordre juridique suisse (JEANDIN, Code de procédure civile commenté, n° 11 ad art. 160 CPC ; cf. arrêt du Tribunal fédéral 5A_295/2009 du 23 décembre 2009 consid. 2).

1.3.2 Par un deuxième argument, la recourante invoque un préjudice difficilement réparable du fait que les documents à produire sous chiffres 3 et 4 du dispositif de l'ordonnance entreprise concernent des données personnelles au sens de la LPD, de sorte que cette ordonnance la prive des moyens juridiques institués par la loi précitée, soit le droit de restreindre l'accès à ce type de données, et avait été prise en violation de la procédure applicable au sens de cette loi.

Cette argumentation tombe à faux.

Le présent litige ne concerne pas une problématique d'accès aux données personnelles – comme le soutient la recourante –, mais d'administration des preuves dans le cadre d'un procès prud'homal. En effet, la recourante méconnaît la

clause d'exception prévue à l'art. 2 al. 2 let. c LPD, dont le but est justement d'éviter un concours objectif de normes, en ce sens que la LPD ne doit pas intervenir dans le déroulement de procédures judiciaires pendantes – comme en l'espèce – (MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privés, 2010, p. 189 et ss).

En effet, le Tribunal a ordonné à la recourante la production de documents contenant des données personnelles relatives à l'intimé en application des règles de procédure civile, soit celles relatives à l'administration des preuves, dont le devoir des parties de collaborer à celle-ci (art. 160 CPC).

La recourante ne subit dès lors pas de préjudice difficilement réparable à cet égard, d'autant plus, que cette dernière fait valoir son droit de refuser de collaborer (art. 163 CPC) dans le cadre du présent recours.

1.3.3 Enfin, dans un troisième argument, la recourante expose qu'en remettant à l'intimé les documents requis, il y aurait un fort risque que ce dernier les transmette aux autorités américaines, étant donné l'immunité dont il bénéficie en sa qualité de témoin.

S'agissant de ce dernier élément, la recourante allègue pour la première fois dans le cadre de son acte de recours l'immunité qui aurait été octroyée à l'intimé. Ce nouvel allégué n'a en effet pas été invoqué devant les premiers juges. Partant, celui-ci n'est pas recevable, de sorte que ce point ne peut pas être traité par la Cour de céans (art. 326 al. 1 CPC).

En tous les cas, la Cour relève que la banque a déjà transmis de nombreux documents aux autorités américaines dans le cadre de la procédure ouverte aux Etats-Unis.

1.3.4 Au regard de l'ensemble de ce qui précède, le risque d'un préjudice difficilement réparable n'a donc pas été établi par la recourante, de sorte que le présent recours sera déclaré irrecevable.

2. La recourante, qui succombe, supportera les frais de son recours (art. 106 al. 1 CPC), arrêtés, frais relatifs à la décision sur effet suspensif compris, à 2'000 fr. (art. 41, 69, 71 RTFMC), couverts par l'avance déjà opérée par elle, acquise à l'Etat (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 4 :**

A la forme :

Déclare irrecevable le recours interjeté par A_____ contre l'ordonnance d'instruction et de preuves rendue le 8 juin 2015 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/7731/2014-4.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires du recours à 2'000 fr., couverts par l'avance déjà opérée, acquise à l'Etat de Genève.

Les met à la charge de A_____.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, présidente; Monsieur Michel BOHNENBLUST, juge employeur, Madame Christine PFUND, juge salariée; Madame Véronique BULUNDWE-LÉVY, greffière.

La présidente :

Nathalie LANDRY-BARTHE

La greffière :

Véronique BULUNDWE-LÉVY

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.