



POUVOIR JUDICIAIRE

C/24159/2019-4

CAPH/216/2021

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre des prud'hommes****DU 8 NOVEMBRE 2021**

Entre

A_____ SA, sise _____ [GE], recourante contre une ordonnance (OTPH/1376/2021) rendue par le Tribunal des prud'hommes le 13 juillet 2021, comparant par Me Christian LUSCHER, avocat, CMS von Erlach Partners SA, rue Bovy-Lysberg 2, case postale , 1211 Genève 3, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

et

Madame B_____, domiciliée _____ [GE], intimée, comparant par Me Grégoire MANGEAT, avocat, Mangeat Avocats Sàrl, passage des Lions 6, Case postale, 1211 Genève 3, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 25 novembre 2021.

EN FAIT

- A.** Par suite du licenciement dont elle a été l'objet, B_____, intimée et demanderesse principale a ouvert deux actions contre son ancien employeur A_____ SA devant le Tribunal des prud'hommes, la première étant l'objet de la présente cause, et la seconde, pour des prétentions basées sur la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (ci-après : LEg).
- B.** Dans le cadre de l'instruction de la cause, l'intimée et demanderesse principale a requis les 6 mars 2020, 22 octobre 2020 et 25 juin 2021 l'audition en qualité de partie des "représentants de A_____ SA", de C_____, de D_____, de E_____ et d'elle-même, et, en qualité de témoin, l'audition de plusieurs autres personnes.
- C.** Pour sa part, la recourante et défenderesse principale a requis le 28 juin 2021 l'audition de C_____, de D_____ et de quatre autres personnes, toutes à titre de témoin, et de E_____, à titre de représentant de A_____ SA.
- D.** Le Tribunal des prud'hommes a tenu une audience de débats d'instruction en date du 13 juillet 2021, au cours de laquelle la recourante a notamment indiqué que E_____ la représentera dans le cadre de la procédure.
- E.** À la suite de cette audience, il a rendu une ordonnance d'instruction au pied du procès-verbal de l'audience qui s'est tenue le même jour, par laquelle il a ordonné notamment d'entendre E_____, D_____ et C_____ en qualité de partie.
- F.** Par lettre du 16 juillet 2021, la recourante a demandé la rectification du procès-verbal de l'audience du 13 juillet 2021, en sollicitant qu'il soit ajouté que son avocat avait mentionné en audience qu'il se basait sur l'arrêt du Tribunal fédéral ATF 141 III 80 pour le choix de son représentant en procédure.
- G.** Par courrier du 19 juillet 2021 adressé au Tribunal des prud'hommes, l'intimée s'est opposée à cette requête de sa partie adverse, au motif que celle-ci était tardive et irrecevable, car elle ne constituerait pas une rectification admise par le CPC.
- H.** Par acte du 21 juillet 2021, A_____ SA a interjeté recours avec requête d'effet suspensif contre le chiffre 8 de l'ordonnance d'instruction et de preuve précitée. La recourante a conclu, sur effet suspensif, à la restitution de l'effet suspensif à son recours, à la suspension du caractère exécutoire du chiffre 8 de l'ordonnance d'instruction et de preuve querellée et à la suspension de la procédure jusqu'à droit jugé sur le recours ; à titre préalable, à l'invitation du Tribunal des prud'hommes à motiver le chiffre 8 de son ordonnance d'instruction et de preuve querellée ; à titre principal, à l'annulation du chiffre 8 de l'ordonnance querellée, à ce qu'il soit dit que E_____ sera entendu dans le cadre de la procédure en qualité

de partie, comme représentant de la recourante, et que D_____ et C_____ seront quant à elles entendues en qualité de témoin ou selon un « *statut ad hoc* », l'intimée devant être condamnée pour le surplus à prendre en charge tous les frais judiciaires.

Par son recours A_____ SA souhaite faire annuler partiellement cette décision, pour qu'il soit dit que seul E_____ sera entendu en qualité de partie et représentant de la banque, D_____ et C_____ devant être entendues pour leur part en qualité de témoin.

La recourante invoque en substance que l'ordonnance querellée viole son droit à déterminer librement ses représentants dans le cadre du procès, en ordonnant la comparution en audience de plusieurs personnes pour la représenter et en empêchant par conséquent certaines d'entre elles à être entendues en qualité de témoin.

A l'appui de son recours, la recourante a produit un chargé de pièces contenant sa procuration et les pièces A à M, qui constituent pour l'essentiel des actes de procédures des deux causes pendantes entre les parties.

- I.** Par acte du 9 août 2021 expédié par poste le même jour, l'intimée s'est déterminée par écrit sur la requête d'effet suspensif dans le délai qui lui avait été imparti par la Cour et en concluant au rejet de ladite requête, sous suite de frais et dépens.

A l'appui de sa détermination, l'intimée a produit copie d'un courrier de l'avocat de la recourante adressé le 14 juin 2021 au Tribunal des prud'hommes, dans lequel ce dernier indiquait que C_____ représentait la recourante dans la présente procédure pendante devant le Tribunal des prud'hommes, ainsi que dans une procédure parallèle C/1_____/2019-4 pendante entre les mêmes parties devant le Tribunal des prud'hommes pour des prétentions basées sur la LEg et un extrait internet du registre du commerce concernant A_____ SA, lequel indique au 9 août 2021 que D_____ est présidente du Conseil d'administration depuis le 11 juillet 2018, que E_____ est membre de la direction générale depuis le 7 février 2018 et que C_____ est fondée de procuration depuis le 21 mai 2008.

- J.** Par arrêt CAPH/146/2021 du jeudi 12 août 2021, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice a rejeté la requête de A_____ SA tendant à suspendre l'effet exécutoire attaché au chiffre 8 de l'ordonnance OTPH/1376/2021 rendue le 13 juillet 2021 par le Tribunal des prud'hommes, et dit qu'il sera statué sur les frais éventuels avec le fonds du recours.
- K.** Par acte du 25 août 2021 expédié par poste le même jour, l'intimée a répondu au recours et conclu à ce que celui-ci soit déclaré irrecevable et subsidiairement qu'il soit rejeté intégralement, en confirmant le chiffre 8 de l'ordonnance d'instruction

et de preuve du 13 juillet 2021 querellée et en mettant tous les frais du recours à la charge de A_____ SA.

Dans le cadre de sa réponse, l'intimée fait valoir notamment que D_____ est inscrite au registre du commerce comme représentante de la recourante en sa qualité de présidente du Conseil d'administration, que C_____ est également inscrite au registre du commerce comme représentante de la recourante en sa qualité de fondée de procuration, et que E_____ est lui aussi inscrit au registre du commerce comme représentant de la recourante en sa qualité de membre de la direction générale, ces inscriptions impliquant que ces personnes doivent être entendues en qualité de partie, et non en qualité de témoin.

- L. Par lettre du 3 septembre 2021 déposée à la Cour le même jour, la recourante a formulé une réplique spontanée, par laquelle elle a fourni quelques explications supplémentaires et persisté dans les conclusions de son recours du 21 juillet 2021.
- M. Par courrier du 6 septembre 2021 expédié par poste le même jour, l'intimée a pris acte de la réplique spontanée de sa partie adverse et souligné que celle-ci n'apportant rien de plus à la cause selon elle, elle maintenait l'argumentation qu'elle avait développée dans sa réponse du 25 août 2021 et ses conclusions.
- N. Par communication adressée aux parties par la Cour en date du 28 septembre 2021, la cause a été gardée à juger.

Les argumentations des parties seront reprises en tant que de besoin dans les considérants en droit.

EN DROIT

- 1. **1.1** En application de son article 1^{er}, let. a, le Code de procédure civile suisse est applicable à la présente cause. Selon l'art. 154 CPC, les ordonnances de preuve sont rendues par le juge avant l'administration des preuves. Elles désignent en particulier les moyens de preuve admis et peuvent être modifiées ou complétées en tout temps. Le recours est recevable contre les 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 recours doit être introduit, par écrit et motivé, dans un délai de dix jours (art. 321 al. 2 CPC) et peut être interjeté pour violation du droit ou constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC).
- 1.2** En l'espèce, le recours a été interjeté dans le délai et formes requises. Sa recevabilité est pour le surplus soumise à la condition qu'il existe un risque de préjudice difficilement réparable pour la partie recourante, au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC.

2. **2.1** La notion de préjudice difficilement réparable est plus large que celle de dommage irréparable de l'art. 93 al. 1 let. a LTF, puisqu'elle devrait viser également les désavantages de fait (JT 2011 III 86 c. 3 et références; Jeandin, op. cit., n. 22 ad art. 319 CPC ; HOHL, Procédure civile, tome II, 2^e éd., Berne 2010, n. 2485, p. 449). La question de savoir s'il existe un préjudice difficilement réparable s'apprécie par rapport aux effets de la décision incidente sur la cause principale, respectivement la procédure principale (ATF 137 III 380 c. 1.2.2 ; arrêt du TF [4A_560/2011] du 11 janvier 2012 c. 2.2). L'art. 319 let. b ch. 2 ne vise pas seulement un inconvénient de nature juridique, mais toute incidence dommageable (y compris financière ou temporelle), pourvu qu'elle soit difficilement réparable (BOHNET, RDS II 2009, 209 ; GASSER/RICKLI, art. 319 N 3 [qui renvoient à l'art. 261] ; MEIER, Zivilprozessrecht, 470 ; BK ZPO-STERCHI, art. 319 N 11 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 26 N 31a ; contra : BSK ZPO-SPÜHLER, art. 319 N 7). L'instance supérieure devra toutefois se montrer exigeante, voire restrictive, avant que 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 (JEANDIN, Les voies de droit, 351). La jurisprudence retient à juste titre que si une décision est susceptible de causer un préjudice irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF, elle peut *a fortiori* entraîner un préjudice difficilement réparable au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 (ATF 137 III 380, c. 2.2 ; TF, arrêt du 6 mai 2014, 5A_150/2014, c. 3.2 ; BK ZPO-STERCHI, art. 319 N 12 ; HOFMANN/LUSCHER, 299). La notion de « *préjudice* difficilement réparable » est à mettre en relation avec les termes identiques utilisés à l'art. 261 al. 1 let. b (JEANDIN, Commentaire Romand du Code de procédure civile, 2^{ème} édition, p. 1547, n° 22 et 22a ad art. 319, GRASSER/RICKLI, art. 319 N 3 et art. 261 N 4) et ne saurait se recouper avec celle – plus restrictive – de « *préjudice irréparable* » utilisée à l'art. 93 al. 1 let. a LTF qui exclut la prise en compte d'un préjudice factuel ou économique (ATF 134 I 83, c. 3.1 ; BSK BGG-UHLMANN, art. 93 LTF N 3 ; LTF-CORBOZ, art. 93 N 16). 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 (SPÜHLER, in: Basler Kommentar ZPO, 2013, n. 7 ad art. 319 CPC; HOFFMANN-NOWOTNY, in: ZPO-Rechtsmittel, Berufung und Beschwerde, 2013, n. 25 ad art. 319 CPC ; TC VS, arrêt du 7 novembre 2011, TCV C3 11 125, c. 2 ; TC BL, arrêt du 15 novembre 2011, 410 11 279/ZWH, c. 1.2 ; TC GE, arrêt du 26 janvier 2011, C/22838/2010, c. 2 ; TC FR, arrêt du 11 juin 2012, 101 2012-137-138, c. 1 ; TC ZH, arrêt du 19 mars 2015, PD150004-O/U, c. 2.3.1). Un préjudice difficilement réparable existe

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 a atteint à des droits absolus à l'instar de la réputation, de la propriété et du droit à la sphère privée (TC BE, arrêt du 2 avril 2014, ZK 13/700, c. 7), ou encore lorsqu'une ordonnance de preuve ordonne une expertise ADN présentant un risque pour la santé (art. 296 al. 2) ce qui a pour corollaire une atteinte à la personnalité au sens de l'art. 28 CC (TF, arrêt du 16 mars 2015, 5A_745/2014, c. 1.2.3 [préjudice irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF]). En outre, un préjudice irréparable de nature juridique ne doit pas pouvoir être ultérieurement réparé ou entièrement réparé par une décision finale favorable au recourant (ATF 134 III 188 c. 2.1 et c. 2.2).

2.2 Lorsqu'une personne morale est partie au procès, ses organes sont traités comme une partie dans la procédure d'administration des preuves (art. 159 CPC). Dans un arrêt ATF 141 III 80 cité par la recourante, le Tribunal fédéral a rappelé les principes applicables en matière de représentation des personnes morales en procédure. Ainsi, la capacité d'ester en justice est le corollaire en procédure de l'exercice des droits civils (art. 67 al. 1 CPC). La personne morale a l'exercice des droits civils, à condition qu'elle possède les organes que la loi et les statuts exigent à cet effet (art. 54 CC). Elle exerce ses droits civils par l'intermédiaire de ses organes, qui expriment sa volonté à l'égard des tiers (art. 55 al. 1 CC). Il y a lieu d'entendre par là les organes exécutifs, et non l'organe législatif ou l'organe de contrôle (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2010, n. 9.127; BOHNET, in *La personne morale et l'entreprise en procédure*, 2014, p. 15 n. 35, p. 18 n. 44 et p. 42 n. 122; BRÖNNIMANN, in *Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2012, n^{os} 3, 4 et 9 ad art. 159 CPC; HASENBÖHLER, in *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, SUTTER-SOMM/ HASENBÖHLER/ LEUENBERGER [éd.], 2^e éd. 2013, n^o 3 ad art. 159 CPC). Les organes exécutifs, mais aussi toutes les personnes qui peuvent valablement représenter la société anonyme dans les actes juridiques avec des tiers en vertu des règles du droit civil, peuvent accomplir des actes judiciaires en son nom, comme signer des écritures, donner procuration à un avocat et comparaître aux audiences. Sont en premier lieu légitimés à représenter la société en justice les membres du conseil d'administration et, à moins que les statuts ou le règlement d'organisation ne l'exclue, un seul des membres de celui-ci (art. 718 al. 1 CO). En second lieu, la société peut être représentée en justice par un ou plusieurs des membres du conseil d'administration (délégués) ou par des tiers (directeurs), auxquels le conseil d'administration a délégué son pouvoir de représentation (art. 718 al. 2 CO ; SUTTER-SOMM/ HASENBÖHLER/ LEUENBERGER, loc. cit.; BOHNET, loc. cit.; LEU, in *Schweizerische Zivilprozessordnung*, BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [éd.], 2011, n^o 6 ad art. 159 CPC). Toutes ces personnes sont organes, expriment directement la volonté de la société et sont inscrites au registre du commerce (art. 720 CO). En troisième lieu, sans avoir la

qualité d'organes, en vertu de leurs pouvoirs de représentation, peuvent représenter la société en justice les fondés de procuration (art. 458 CO), qui sont inscrits au registre du commerce et n'ont pas besoin de pouvoir spécial pour plaider, à moins que leur procuration n'ait été restreinte (art. 460 al. 3 CO), ainsi que les mandataires commerciaux (art. 462 CO), qui ne sont pas inscrits au registre du commerce, à condition qu'ils aient reçu le pouvoir exprès de plaider (art. 462 al. 2 CO; dans ce sens déjà, pour la comparution à l'audience de conciliation : ATF 140 III 70 consid. 4.3 p. 72; cf. LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5^e éd. 2000, n° 1a ad art. 83 CPC/BE). Chacune des personnes habilitées à représenter la société en justice doit justifier de sa qualité et de son pouvoir en produisant soit un extrait du registre du commerce, soit l'autorisation qui lui a été délivrée pour plaider et transiger dans l'affaire concrète dont le tribunal est saisi (cf. art. 68 al. 3 CPC). Savoir quelle(s) personne(s) est (sont) habilitée(s) à représenter la société anonyme en procédure ressortit ainsi à la capacité d'ester en justice de celle-ci. Il s'agit d'une condition de recevabilité de la demande (art. 59 al. 2 let. c CPC). Le fait que cette ou ces personnes ne doivent ensuite être interrogées que comme partie (art. 159 CPC en relation avec les art. 163-164 et 191-192 CPC), et non comme témoin (art. 169 ss en relation avec les art. 165-167 CPC), qu'elles peuvent donc avoir des contacts avec l'avocat de la société anonyme, peuvent assister aux audiences au cours desquelles sont notamment interrogés les témoins, n'en est qu'une conséquence). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a considéré que la cour cantonale, en n'admettant comme représentant de la société défenderesse qu'une seule personne qui, au demeurant, n'avait que la signature collective à deux, avait privé la société de son droit de désigner le membre du conseil d'administration, le directeur, le fondé de procuration ou le mandataire commercial, ce dernier avec pouvoir exprès pour plaider, qui avaient personnellement connaissance des faits de la cause pour la représenter en justice et qu'une telle décision était susceptible de causer un préjudice irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF, dès lors que la question de savoir si une autre personne ou d'autres personnes auraient pu également représenter la société ne pourrait pratiquement pas être soulevée avec la décision finale.

2.3 La situation qui se présente en l'espèce est toutefois différente à celle de l'arrêt ATF 141 III 80 précité. En la présente cause, le Tribunal n'a en effet pas restreint le nombre des représentants autorisés de la recourante, il a au contraire admis l'audition des personnes que la recourante avait elle-même sollicitée. Le Tribunal a seulement considéré que trois de ces personnes devaient être considérées comme des organes de la recourante ou y être assimilées, de sorte qu'il s'imposait de les entendre en qualité de partie et non en qualité de témoin, comme la recourante le souhaitait pour deux d'entre elles. Le Tribunal des prud'hommes n'a ainsi nullement restreint le droit de la recourante de faire entendre les personnes dont

l'audition avait été sollicitée par celle-ci, de sorte que les conséquences tirées de cette restriction ne sont pas applicables dans la présente procédure, comme le plaide la recourante. La question soulevée en réalité par l'appelante est celle de savoir si une partie a le droit de choisir si faire entendre un organe d'une personne morale en qualité de partie ou en qualité de témoin.

2.4 Comme l'a relevé à juste titre l'intimée, et comme l'arrêt du Tribunal fédéral ATF 141 III 80 cité par la recourante elle-même le rappelle pour le surplus, c'est la loi qui définit qui doit être assimilé à un organe d'une personne morale partie à une procédure judiciaire au sens de l'art. 159 CPC, et le fait que cette ou ces personnes ne doivent ensuite être interrogées que comme partie en application de l'art. 159 CPC et non comme témoin, au sens des art. 169 ss CPC, n'en est qu'une conséquence. Il en résulte que les parties à la procédure n'ont pas le droit, ni le pouvoir de modifier cette qualification selon leur désir, ni, par conséquent, de faire entendre en qualité de témoin une personne assimilée par la loi à une partie. Dès lors que la recourante n'a pas un droit à choisir elle-même de faire entendre une personne assimilée à un organe en qualité de témoin, plutôt qu'en qualité de partie, elle ne démontre aucun risque de dommage difficilement réparable en l'espèce et le recours devra par conséquent être déclaré irrecevable, sans qu'il soit nécessaire de trancher le grief d'absence de motivation soulevé par ailleurs par la recourante.

3. La valeur litigieuse excédant 50'000 fr., les frais de recours seront arrêtés à 3'000 fr. et seront compensés avec l'avance effectuée par la recourante, laquelle demeure acquise à l'Etat de Genève (art. 19 al. 3 let. c LaCC, art. 71 RTFMC).

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

* * * * *

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

Déclare irrecevable le recours formé le 21 juillet 2021 par A_____ SA contre le chiffre 8 de l'ordonnance d'instruction et de preuves OTH/1376/2021 rendue le 13 juillet 2021 par le Tribunal des prud'hommes.

Sur les frais:

Arrête les frais judiciaires de recours à 3'000 fr., les met à la charge de A_____ SA et dit qu'ils sont entièrement compensés par l'avance de frais versée par celle-ci, laquelle demeure acquise à l'Etat de Genève.

Siégeant :

Monsieur Adriano GIANINAZZI, président ; Madame Nadia FAVRE, juge employeur ;
Monsieur Thierry ZEHNDER, juge salarié ; 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.