

# **GE\_GERICHTE CAPH/107/2023 vom 2. November 2023**

GE Cour de justice, 2023-11-02, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_CAPH\\_107\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_CAPH_107_2023)

FR: GE\_GERICHTE CAPH/107/2023 du 2 novembre 2023

IT: GE\_GERICHTE CAPH/107/2023 del 2 novembre 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

L'appel a été interjeté contre une décision finale (308 al. 1 let. a CPC), dans une affaire patrimoniale dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC), auprès de l'autorité compétente (art. 124 let. a LOJ), dans le délai utile de trente jours (art. 142 al. 1 et 3, 143 al. 1,

- 16/44 -

C/29826/2019-5 145 al. 1 let. c et 311 CPC) et selon la forme prescrite par la loi (art. 130 al. 1, 131 et 311 CPC). Il est dès lors recevable de ce point de vue (cf. pour le surplus infra, consid. 2.2.1 s.).

### **E. 1.2**

Sont également recevables la réponse, ainsi que les réplique et duplique respectives, déposées dans les délais légaux, respectivement impartis à cet effet (art. 312 al. 2, 316 al. 1 CPC).

### **E. 1.3**

La Cour revoit le fond du litige avec un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (art. 310 CPC) et applique le droit d'office (art. 57 CPC). La présente procédure est régie par la maxime des débats, qui prévoit que les parties allèguent les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et produisent les preuves qui s'y rapportent (art. 55 al. 1 CPC).

### **E. 1.4**

B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC ayant son siège aux Etats-Unis et la cause revêtant dès lors un caractère international (ATF 131 III 76 consid. 2), le for et le droit applicable se déterminent selon la LDIP (art. 2 CPC, art. 1 al. 1 LDIP). L'appelante ayant déployé son activité à Genève, le présent litige est soumis au droit suisse (art. 121 al. 1 LDIP). La question du for sera pour le surplus traitée ci-après (consid. 3.3).

### **E. 2**

L'intimée conclut à l'irrecevabilité de l'appel et de la réplique du 26 avril 2023. Elle fait valoir, à l'appui, que les conclusions de l'appel sont essentiellement cassatoires. Alors que l'appelante plaide la constatation inexacte et incomplète des faits, l'appel ne comporterait en outre aucune partie "En fait", mélangerait les faits et le droit, et ferait référence à des pièces ayant été écartées de la procédure. Il ne désignerait pas non plus précisément quels passages du jugement entrepris sont contestés. Les réquisitions de preuve contenues dans la réplique seraient enfin tardives. 2.1.1 Conformément à l'art. 311 al. 1 CPC, l'appel doit être motivé. Pour satisfaire à cette obligation de motivation, l'appelant doit démontrer le caractère erroné de la motivation de la décision attaquée et son argumentation doit être suffisamment

explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision qu'il attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_356/2020 du 9 juillet 2020 consid. 3.2). L'appelant doit tenter de démontrer que sa thèse l'emporte sur celle de la décision attaquée. Il ne saurait se borner simplement à reprendre des allégués de fait ou des arguments de droit présentés en première instance, mais il doit s'efforcer d'établir que, sur les faits constatés ou sur les conclusions juridiques qui en ont été tirées, la décision attaquée est entachée d'erreurs. Il ne peut le faire qu'en reprenant la démarche du

- 17/44 -

C/29826/2019-5 premier juge et en mettant le doigt sur les failles de son raisonnement. Si ces conditions ne sont pas remplies, l'appel est irrecevable (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_356/2020 précité, *ibidem*). 2.1.2 Même si l'art. 311 CPC ne le mentionne pas, le mémoire d'appel doit contenir des conclusions. Celles-ci doivent être formulées de telle sorte qu'en cas d'admission de la demande, elles puissent être reprises dans le jugement sans modification. Lorsque les conclusions d'un mémoire d'appel sont insuffisantes, il ne s'agit pas d'un vice réparable au sens de l'art. 132 al. 1 CPC (ATF 137 III 617, SJ 2012 I 373, consid. 4.2 s.; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_342/2022 du 26 octobre 2022 consid. 2.1.1 résumé in CPC Online, ad art. 311 CPC ainsi que les arrêts cités). Des conclusions purement cassatoires sont cependant suffisantes s'il résulte de la motivation que matériellement, le plaideur demande le renvoi de la cause à l'instance précédente afin que celle-ci entre en matière (ATF 137 II 313 consid. 1.3, JdT 2012 I 20; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_775/2018 du 15 avril 2019 consid. 3.4 résumé in CPC Online, ad art. 311 CPC). 2.2.1 En l'espèce, les conclusions de l'appelante tendent à ce que sa demande soit déclarée recevable, à ce que la compétence de la juridiction des prud'hommes soit admise, à la constatation de ce que B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC dispose de la légitimation passive et au renvoi de la cause au Tribunal pour instruire la cause. Elles constituent des conclusions réformatoires suffisantes sur les questions auxquelles la procédure a été limitée par le Tribunal. 2.2.2 L'intimée ne saurait pour le surplus être suivie lorsqu'elle affirme que l'appel serait dénué de motivation suffisante. Le mémoire de l'appelante est en effet subdivisé en six griefs, dans lesquels la précitée reprend point par point, moyennant des renvois clairs, les considérants du jugement entrepris qu'elle critique. Elle y expose à chaque fois les raisons pour lesquelles le Tribunal aurait, à son sens, fait une mauvaise application du droit, étant relevé que l'intimée ne tente pas de démontrer le contraire à l'aide d'exemples précis. Contrairement à ce qu'affirme l'intimée, sans davantage d'exemples concrets à l'appui, l'appelante ne mêle en outre pas les critiques des faits et du droit. La constatation inexacte des faits est en effet traitée dans un chapitre spécifique du mémoire. L'intimée ne prétend pour le surplus pas que ce chapitre ne serait pas compréhensible, ni ne tente de démontrer qu'un mémoire d'appel devrait impérativement comporter une partie "En fait" pour satisfaire aux exigences de motivation découlant de l'art. 311 al. 1 CPC. Au vu de ce qui précède, l'appel satisfait aux exigences de motivation résultant de l'art. 311 al. 1 CPC. L'intimée sera dès lors déboutée de sa conclusion tendant à ce que celui-ci soit déclaré irrecevable.

- 18/44 -

C/29826/2019-5 Les arguments contenus dans l'appel, s'ils se révèlent fondés, étant pour le surplus suffisants pour entraîner l'annulation partielle du jugement entrepris, la question de la recevabilité de la réplique peut souffrir de rester indéterminée. Il en va de même des conclusions additionnelles prises par l'appelante dans cette écriture, tendant à

l'administration de moyens de preuve en appel.

### **E. 3**

L'appelante conclut au rejet de la requête de B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC du 16 février 2021, complétée par ses déterminations des 6 septembre 2021 et 4 février 2022, tendant à la limitation de la procédure à la recevabilité de la demande. Elle reproche en substance au Tribunal de ne pas avoir fait application de la théorie des faits doublement pertinents s'agissant de la question de la légitimation passive de B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC. Elle fait valoir que les premiers juges auraient dû admettre immédiatement cette légitimation passive et qu'ils ne pouvaient pas ordonner une limitation de la procédure à cette question en application de l'art. 125 let. a CPC.

Elle conclut également à l'admission de la compétence *ratione loci* et *materiae* du Tribunal dans la présente cause. Elle fait valoir, à cet égard, que les griefs d'incompétence soulevés par B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC ont été rejetés avec raison par le Tribunal, qui a considéré cette compétence comme acquise.

#### **E. 3.1**

Les faits doublement pertinents sont des faits déterminants non seulement pour la compétence du tribunal mais aussi pour le bien-fondé de l'action (ATF 142 III 466 consid. 4.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_368/2016 du 5 septembre 2016 consid. 2.2). Lorsqu'un canton institue une juridiction spécialisée pour connaître des litiges découlant d'un contrat de travail ou de bail, ledit contrat constitue un fait doublement pertinent (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_484/2018 du 10 décembre 2019 consid. 5.2 concernant la compétence matérielle du Tribunal des prud'hommes et 4A\_186/2017 du 4 décembre 2017 consid. 2, concernant la compétence matérielle du Tribunal des baux et loyers). En présence de tels faits, la jurisprudence prescrit en principe le procédé suivant, intitulé "théorie des faits doublement pertinents" ou à double pertinence : Le tribunal saisi examine sa compétence sur la seule base des allégués, moyens et conclusions de la demande, sans tenir compte des contestations du défendeur et sans procéder à aucune administration de preuves. Les faits allégués (censés établis) doivent être concluants, c'est-à-dire permettre juridiquement d'en déduire le for invoqué par le demandeur (ATF 141 III 294 consid. 5.2 et 6.1). Si la qualification du rapport contractuel pose une question délicate de délimitation, celle-ci devra être élucidée lors de l'examen du bien-fondé de la prétention au fond, en même temps que celle de savoir si un contrat a réellement été passé (ATF 142 III 466 consid. 4.1; 137 III 32 consid. 2.4.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_484/2018 précité, *ibidem*).

- 19/44 -

C/29826/2019-5 Si, en fonction de l'examen restreint aux éléments précités, le tribunal arrive à la conclusion qu'il n'est pas compétent, il doit rendre une décision d'irrecevabilité (ATF 141 III 294 précité, *ibidem*; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_484/2018 précité, *ibidem*). En revanche, s'il admet sa compétence au regard des allégations du demandeur, le tribunal procède alors à l'administration des preuves puis à l'examen du bien-fondé de la prétention au fond. Il se peut qu'après l'administration des preuves sur les faits doublement pertinents, le tribunal se rende compte que, contrairement à ce qu'il avait décidé d'entrée de cause dans sa décision admettant sa compétence, celle-ci n'est en réalité pas donnée. Toutefois, il ne peut et ne doit pas alors rendre un nouveau jugement sur sa compétence, puisqu'il ne saurait revenir sur la décision qu'il a prise d'entrée de cause à ce sujet (cf., en particulier, arrêt du Tribunal fédéral 4A\_186/2017 du 4 décembre consid. 2, rendu dans une cause relevant de la

juridiction genevoise des baux et loyers; cf. ég. arrêts du Tribunal fédéral 4A\_84/2020 du 27 août 2020 consid. 5.2; 4A\_573/2015 du 3 mai 2016 consid. 4). S'il conclut finalement que le fait doublement pertinent censé fonder sa compétence n'est pas réalisé, le tribunal doit rejeter la demande par une décision sur le fond, revêtue de l'autorité de chose jugée (ATF 142 III 467 consid. 4.1; 141 III 294 précité, *ibidem*; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_484/2018 précité, *ibidem*).

Il se peut cependant que le constat de l'inexistence du fait justifiant la compétence du tribunal ne conduise pas au rejet de la prétention au fond, par exemple parce qu'elle pourrait être admise sur la base d'un autre type de contrat que celui relevant de la compétence matérielle du tribunal saisi. Dans cette hypothèse, l'application de la théorie des normes de double pertinence conduit le tribunal à devoir examiner la prétention selon un fondement pour lequel il n'est pas compétent matériellement (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_484/2018 précité consid. 5.4 et les références citées; BOHNET, *Le double paradoxe de la théorie des faits de double pertinence : commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_484/2018*, newsletter droitdutravail.ch de février 2020, p. 7; ZINGG, in *Berner Kommentar ZPO*, n. 42 ad art. 60). Ce résultat est jugé insatisfaisant par une partie de la doctrine (BOHNET, in *Commentaire romand CPC*, 2019, n. 22 ad art. 60 CPC; BUCHER, *Que devient le droit (civil) international au Tribunal fédéral?*, Jusletter du 8 mai 2017, n. 15; FULD, *Les faits de double pertinence en général et en droit du travail*, in *Panorama II en droit du travail*, 2012, p. 847 s.; HOFFMANN-NOWOTNY, *Doppelrelevante Tatsachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren*, 2010, n. 317, 493, 496 s.; DONZALLAZ, *Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile*, n. 47 s. ad art. 34 LFors).

Ainsi, dans les situations où la demande peut être bien fondée alors que le fait double ne se confirme pas, il a été proposé que le tribunal saisi procède d'emblée à un examen complet dudit fait, un tribunal incompetent matériellement ne pouvant

- 20/44 -

C/29826/2019-5 être appelé à statuer sur le fond (BOHNET, *op. cit.*, p. 7; cf. ég. BUCHER, *Vers l'implosion de la théorie des faits de double pertinence*, SJ 2015 II, p. 72; HOFFMANN-NOWOTNY, *op. cit.*, n. 497). Nonobstant ces critiques, le Tribunal fédéral retient que le principe de l'application du droit d'office (art. 57 CPC) s'oppose au partage d'une cause civile en procès distincts, selon les moyens de droit fédéral invoqués, et impose dans cette mesure une attraction de compétence, dont la loi ou la jurisprudence doivent dégager les règles (ATF 92 II 305 consid. 5; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_484/2018 précité, *ibidem* et les références citées). Ainsi, en matière de droit du travail, le Tribunal fédéral a explicitement retenu qu'un tribunal prud'homal institué par le droit cantonal ne pouvait refuser d'étendre son examen aux moyens de droit fédéral invoqués concurremment avec le droit particulier qui fonde sa compétence spéciale (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_84/2020 du 27 août 2020 consid. 5.2; 4A\_484/2018 précité, *ibidem*).

### **E. 3.1.2**

A teneur de l'art 115 LDIP, les tribunaux suisses du domicile du défendeur ou du lieu dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail sont compétents pour connaître des actions relatives au contrat de travail (al. 1). L'action intentée par un travailleur peut, de surcroît, être portée au for de son domicile ou de sa résidence habituelle en Suisse (al. 2). Les fors prévus par l'art. 115 al. 1 LDIP sont alternatifs, le demandeur ayant le droit de choisir entre eux (BONOMI, in *Commentaire romand LDIP*, 2011, n. 6 ad art. 115 LDIP).

Le for du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail coïncide avec le for prévu à l'art. 34 CPC (DUTOIT/BONOMI, Droit international privé suisse, 6ème éd. 2022, n. 3 ad art. 115 LDIP). L'art. 1 al. 1 let. a de la loi sur le Tribunal des prud'hommes (ci-après LTPH) prévoit que sont jugés par ledit Tribunal les litiges découlant d'un contrat de travail, au sens du titre dixième du Code des obligations (ci-après CO).

### **E. 3.1.3**

La légitimation passive (ou qualité pour défendre) est une condition matérielle de la prétention litigieuse; elle se détermine selon le droit de fond et son défaut conduit au rejet de l'action (ATF 125 III 82 consid. 1a) et non pas à l'irrecevabilité de celle-ci (HOHL, Procédure civile, tome I, Berne 2001, p. 100 n. 447).

### **E. 3.1.4**

Selon l'art. 125 let. a CPC, aux fins de simplifier la procédure le tribunal peut notamment limiter la procédure à certaines questions ou à certaines conclusions. La limitation de la procédure à des questions ou conclusions déterminées recouvre en fait deux hypothèses : celle où il s'agit de trancher une question préjudicielle qui peut permettre de mettre un terme au procès (p. ex. la prescription ou la légitimation), qui débouchera alors sur une décision finale (art. 236 CPC) ou incidente (art. 237 CPC). Cela vise aussi les questions de recevabilité, telles que la

- 21/44 -

C/29826/2019-5 compétence, la capacité d'être partie et les autres conditions mentionnées à l'art. 59 CPC (HALDY, in Commentaire romand CPC, 2ème éd. 2019, n. 5 ad art. 125 CPC).

### **E. 3.2**

Au considérant no 1 du jugement entrepris, le Tribunal a constaté que l'appelante avait allégué avoir conclu un contrat de travail avec B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_, tout en affirmant que B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC était sa réelle employeuse. Celle-ci avait remis en cause l'existence même de ce contrat de travail, alléguant que l'activité de l'appelante relevait du mandat. L'application de la théorie des faits de double pertinence présupposant de ne pas tenir compte des objections de B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC, le Tribunal a considéré qu'il était compétent, prima facie, à raison de la matière et du lieu s'agissant de l'activité déployée par l'appelante à Genève. Il s'est fondé à cet égard sur les art. 34 al. 1 CPC et 1 al. 1 let. a LTPH. Il a ajouté que la situation juridique particulière de B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ et le principe de célérité justifiaient de limiter la procédure à la question de la capacité d'être partie de cette société et de la légitimation passive de B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC. L'appelante avait accepté cette limitation dans ses déterminations du 16 avril 2021, position qui rejoignait la non invocation de la théorie des faits de double pertinence dans sa demande du 26 octobre 2020. Ces questions devaient dès lors être traitées dans le jugement entrepris. Le Tribunal a ajouté, en conclusion, qu'il n'était pas contesté que l'appelante avait habituellement accompli son activité depuis son domicile genevois, de sorte que la compétence des juridictions genevoises à raison du lieu était donnée. Il était par conséquent compétent à raison de la matière et du lieu, prima facie. Aux considérants no 4 et 5 de son jugement, le Tribunal a examiné la question de la recevabilité de la demande s'agissant de la qualité de partie de B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ et la légitimation passive de B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC. Sur le premier point, il a retenu que B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ avait été radiée du Registre du commerce

le 20 janvier 2021. Elle avait ainsi perdu sa personnalité juridique après le dépôt de la demande et n'avait plus la capacité d'être partie à la présente procédure. La demande devait dès lors être déclarée irrecevable en tant qu'elle était dirigée à l'encontre de cette société. Sur le second point, il a considéré que les circonstances du cas d'espèce ne justifiaient pas de faire application de la théorie de la transparence entre B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC. La seconde ne disposait dès lors pas de la légitimation passive et l'appelante devait être déboutée des fins de sa demande en tant qu'elle était dirigée contre cette société.

### **E. 3.3**

En l'espèce, la question de savoir si l'appelante était liée par un contrat de travail ou de mandat avec B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ constituait un fait doublement

- 22/44 -

C/29826/2019-5 pertinent. Il en allait de même de la question de savoir si l'existence d'un rapport de travail entre l'appelante et B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC pouvait être admise en vertu de la théorie de la transparence (Durchgriff). Les litiges relevant d'un contrat de travail étant, dans le canton de Genève, du ressort de la juridiction des prud'hommes, ces questions étaient pertinentes pour déterminer qui, du Tribunal des prud'hommes ou du Tribunal de première instance, était compétent pour statuer sur les prétentions de l'appelante. Elles étaient également pertinentes pour statuer sur la légitimation passive de B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC en lien avec les prétentions soulevées par l'appelante, question qui relevait du fond du litige et non de la recevabilité de la demande. Or, le Tribunal a procédé conformément à la jurisprudence applicable en présence de faits de double pertinence. Il n'a en effet pas tenu compte de l'objection de B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC selon laquelle l'appelante n'avait conclu aucun contrat de travail avec B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ et s'est considéré *prima facie*, compétent à raison de la matière pour connaître du litige. Il s'est également considéré compétent à raison du lieu à première vue, l'appelante ayant habituellement accompli son activité depuis son domicile genevois. Le Tribunal est dès lors entré à juste titre en matière sur la demande, en ouvrant l'instruction au fond, qu'il a limité d'emblée - ce qu'il était en droit de faire conformément à l'art. 125 let. a CPC et ce que l'appelante avait du reste expressément accepté par courrier du 12 avril 2021 - à la recevabilité de la demande s'agissant de sa compétence à raison du lieu et de la matière, de la capacité d'être partie de B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_, et à la question de la légitimation passive de B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC. Sur le premier point, le Tribunal a constaté qu'il n'était pas contesté que l'appelante avait habituellement accompli son activité depuis son domicile genevois, de sorte qu'il était compétent à raison du lieu pour connaître du litige. Il a cependant répété que sa compétence à raison de la matière et du lieu n'était donnée que *prima facie* et n'a pas statué expressément sur ce point dans le dispositif de son jugement. Dans la mesure où B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC est sise aux Etats-Unis, la compétence à raison du lieu doit s'examiner à l'aune de l'art. 115 LDIP et non de l'art. 34 CPC. La disposition précitée prévoyant également un for au lieu où le travailleur accomplit habituellement son activité, cette nuance est cependant sans conséquence sur l'issue du litige. La Cour admettra ainsi, dans le dispositif du présent arrêt, tant la compétence à raison du lieu de la juridiction des prud'hommes, que celle à raison de la matière (point non critiqué en appel). La prétention de l'appelante en paiement de la somme de 780'000 USD à titre de contre-valeur des 65 Units sera toutefois examinée séparément sous consid. 6 ci- dessous.

C/29826/2019-5 Le Tribunal a considéré que B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ ne disposait plus de la capacité d'être partie et que B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC n'avait pas la légitimation passive. Il a dès lors rendu un jugement d'irrecevabilité s'agissant de la demande dirigée contre B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ et de déboulement au fond s'agissant de la demande dirigée contre B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC. Cette manière de procéder est conforme à la jurisprudence, qui prévoit qu'une fois l'instruction sur les faits doublement pertinents close, le juge doit statuer par un jugement au fond. Certes, l'on peut se demander si le Tribunal n'aurait pas dû, une fois la légitimation passive de B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC écartée, examiner si les prétentions de l'appelante à l'encontre de cette société pouvaient être admises en vertu d'un autre fondement juridique ne relevant pas de sa compétence et, cas échéant, rouvrir l'instruction sur ce point. Le Tribunal a toutefois résolu implicitement cette question par la négative. Il a en effet relevé que l'appelante n'avait pas agi en responsabilité contre B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC pour les dommages subis de la part de celle-ci. A fortiori, elle n'avait pas non plus allégué les faits propres à fonder de telles prétentions vis-à-vis de cette société, prétentions que le Tribunal aurait dû examiner en application du principe *iura novit curia*. Alors qu'elle est tenue de motiver son appel (art. 311 al. 1 CPC), l'appelante ne critique aucunement ce point du jugement entrepris. Elle n'expose pas davantage, quels seraient les fondements juridiques autres qu'un contrat de travail que le Tribunal aurait dû examiner en application de la théorie des faits de double pertinence, après avoir dénié l'existence d'une relation de travail entre elle-même et B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC. Son grief de violation de la théorie des faits de double pertinence par le Tribunal est dès lors infondé. Reste par conséquent à examiner si le Tribunal a dénié à bon droit la qualité de partie de B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ et la légitimation passive de B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC, ce que l'appelante conteste.

#### **E. 4**

L'appelante conclut à l'annulation du chiffre 1 du dispositif entrepris déclarant irrecevable la demande formée le 26 octobre 2020, en tant qu'elle est dirigée contre B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_, EN LIQUIDATION et, cela fait, à la recevabilité de ladite demande. Elle fait valoir que B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ n'a pas perdu sa personnalité juridique du fait de sa radiation du Registre du commerce et dispose dès lors toujours de la capacité à être partie à la présente procédure.

4.1.1 Le Tribunal n'entre en matière que sur les demandes qui satisfont aux conditions de recevabilité de l'action (art. 59 al. 1 CPC), soit notamment la capacité d'être partie et d'ester en justice pour les parties. La capacité d'être partie est subordonnée soit à la jouissance des droits civils, soit à la qualité de partie en vertu du droit fédéral (art. 66 CPC).

C/29826/2019-5 La capacité d'être partie, entendue dans son acception la plus large, consiste dans la faculté de participer à un procès en qualité de partie. Elle constitue une condition de recevabilité de la demande et son défaut équivaut à une fin de non- recevoir (ATF 128 III 50 consid. 2b/bb et les références). A ce titre, elle doit être examinée d'office (art. 60 CPC; MAY-CANELLAS, in *Petit Commentaire CPC*, 2020, n. 4 ad art. 66 CPC).

4.1.2 Les personnes morales acquièrent la personnalité en se faisant inscrire au registre du commerce (art. 52 al. 1 CC). Dès qu'elle acquiert la personnalité, la personne morale jouit des droits civils (art. 53 CC) et se voit attribuer la capacité d'être partie au procès (MAY-CANELLAS, *op. cit.*, n. 3 et 10 ad art. 66 CPC). Selon l'art. 779 al. 1 CO, la société à responsabilité limitée acquiert la personnalité par son inscription au registre du commerce.

Les dispositions du droit de la société anonyme concernant la dissolution de la société avec liquidation s'appliquent par analogie à la société à responsabilité limitée (art. 826 al. 2 CO). Lorsque la société ne dispose plus d'un des organes prescrits par la loi, le tribunal peut notamment prononcer sa dissolution et ordonner sa liquidation selon les dispositions applicables à la faillite (art. 731b al. 1 et 1bis ch. 3 CO). La société dissoute entre en liquidation, sauf en cas de fusion, de division ou de transfert de son patrimoine à une corporation de droit public (art. 738 CO). Aussi longtemps que la répartition entre actionnaires n'est pas terminée, la société en liquidation garde sa personnalité et conserve sa raison sociale, à laquelle s'ajoutent les mots "en liquidation" (art. 739 al. 1 CO). Après la fin de la liquidation, les liquidateurs sont tenus d'aviser le préposé au registre du commerce que la raison sociale est éteinte (art. 746 CO). L'entité juridique est radiée d'office en cas de suspension de la faillite faute d'actif, lorsque, dans les deux ans suivant la publication de l'inscription visée à l'art. 159, let. d ORC, aucune opposition motivée n'a été présentée (art. 159a al. 1 let. a ORC). Elle est également radiée d'office lorsque la procédure de faillite est close par décision du tribunal (art. 159a al. 1 let. b ORC). Aux termes de l'art. 164 al. 1 ORC, le tribunal peut ordonner sur demande la réinscription au registre du commerce d'une entité juridique radiée lorsqu'il est établi de manière vraisemblable qu'il existe encore des actifs qui n'ont pas été réalisés ou distribués après la liquidation de l'entité juridique radiée (let. a), que l'entité juridique radiée est partie à une procédure judiciaire (let. b), que la réinscription est nécessaire pour l'adaptation d'un registre public (let. d) ou que la réinscription est nécessaire pour que la liquidation de la faillite de l'entité juridique radiée puisse être terminée (let. e).

#### 4.1.3 La doctrine majoritaire admet que la radiation d'une société au registre du commerce entraîne - contrairement à ce qui prévaut pour d'autres entités telle que

- 25/44 -

C/29826/2019-5 l'association (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_576/2019 du 3 février 2020 consid. 6.2) - la perte de sa personnalité juridique (TENCHIO, in Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3ème éd. 2017, n. 16 ad art. 66 CPC et les références). Après leur radiation au registre du commerce, les sociétés à personnalité juridique ne peuvent ainsi plus actionner ou être actionnées en justice, ni poursuivre ou être poursuivies. Pour ces actes, une réinscription au sens de l'art. 164 ORC est indispensable (TENCHIO, in Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3ème éd. 2017, n. 16 ad art. 66 CPC; STAEHELIN/SCHWEIZER, in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3ème éd. 2016, n. 29a ad art. 66 CPC; JEANDIN, in Commentaire romand CPC, 2ème éd. 2019, n. 4 ad art. 66 CPC; KUSTER, Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 2009, n. 2 ad art. 746 CO; RUEDIN, Droit des sociétés, 2007, n. 2056, p. 366 ss; cf. également RAYROUX, in Commentaire romand CO II, n. 6 ad art. 746 CO, qui considère que la radiation n'a qu'une portée déclarative mais a pour effet que la société cesse d'avoir la capacité active et passive d'agir en justice). Ce point de vue est également celui exprimé dans plusieurs arrêts du Tribunal fédéral (ATF 132 III 731 consid. 3.1 : "L'existence juridique d'une société anonyme en liquidation cesse lorsque, à l'issue de la liquidation, celle-ci est radiée du registre du commerce." ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_3/2002 du 3 juillet 2002 consid. 4.1 in fine: " La radiation au registre du commerce n'est pas un acte anodin; elle déploie des effets constitutifs et entraîne la perte de la personnalité juridique de la société."). Une partie de la doctrine n'attribue cependant à la radiation qu'un effet déclaratif. La possibilité de faire réinscrire la société selon l'art. 164 ORC serait en

effet une expression du caractère déclaratif et non constitutif de la radiation, la réinscription visant à permettre la liquidation puis, au terme de celle-ci, la radiation constitutive (voir notamment les références citées par GARBARSKI/MUSKENS, Conséquences de la radiation de la société anonyme sur l'action en responsabilité, in GesKR 2018 p. 452 ss, 456 et 458). Ces derniers auteurs font également valoir le fait que la question susmentionnée ferait l'objet d'une jurisprudence fluctuante (cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A\_231/2011 du 20 septembre 2011: consid. 2: "Dabei ist allerdings zu beachten, dass einer Löschung der Gesellschaft im Handelsregister lediglich deklaratorische Wirkung zukommt und vor beendigter Liquidation nicht zum Verlust von deren Rechtspersönlichkeit führt [...]"). Bien que dans certains arrêts récents, le Tribunal fédéral semble pencher pour l'effet constitutif entraînant la perte de la personnalité juridique de la société, l'arrêt du 19 septembre 2006 publié aux ATF 132 indiquait que seule la radiation intervenue "à l'issue de la liquidation" de la société emportait l'extinction de sa personnalité juridique. La

- 26/44 -

C/29826/2019-5 situation resterait ainsi très incertaine, ce qui ne serait pas satisfaisant sous l'angle de la sécurité et de la prévisibilité du droit (GARBARSKI/MUSKENS, op. cit., p. 456, 458 et les arrêts cités). Se référant à son arrêt publié du 19 septembre 2006, le Tribunal fédéral a encore considéré, dans un arrêt récent concernant une Sàrl dont la faillite avait été suspendue faute d'actifs, que l'existence juridique d'une société anonyme - ou d'une Sàrl - cessait lorsque, après la fin de sa liquidation, sa raison sociale était radiée du registre du commerce. Il a notamment souligné qu'indépendamment de la question de savoir si la radiation du registre du commerce également avait un effet constitutif, ce qui était controversé en doctrine mais admis par le Tribunal fédéral, il était en tout cas certain qu'une société radiée ne pouvait plus agir vis-à-vis des tiers. La radiation au registre était l'expression du fait que la liquidation avait pu être menée à bien et que l'entité avait perdu sa personnalité juridique. Avec la radiation, la société perdait également sa capacité d'ester en justice (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_527/2020 du 22 avril 2021 consid. 5.2, publié in RSPC 4/2021 p. 371 et résumé par BOHNET, CPC annoté, 2022, n. 14 ad. art. 66 CPC).

#### **E. 4.2**

Aux termes du jugement entrepris, le Tribunal a retenu que B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_, EN LIQUIDATION avait été radiée du Registre du commerce le 20 janvier 2021. Elle avait ainsi perdu sa personnalité juridique après le dépôt de la demande et n'avait plus la capacité d'être partie à la présente procédure. La demande devait dès lors être déclarée irrecevable en tant qu'elle était dirigée à l'encontre de cette société.

#### **E. 4.3**

L'appelante conteste ce raisonnement. Elle fait valoir que selon le Tribunal fédéral, une société cesserait uniquement d'exister lorsque sa radiation du registre du commerce intervient à l'issue de sa liquidation. B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ ayant été radiée sans avoir été liquidée, faute de paiement de l'avance de frais dans le délai requis, elle n'aurait dès lors pas perdu sa personnalité juridique et sa capacité d'être partie à la présente procédure. 4.4.1 En l'espèce, l'opinion défendue par l'appelante n'emporte pas conviction. Le Tribunal fédéral a certes considéré, dans l'arrêt publié du 19 septembre 2006 mentionné ci-dessus, que l'existence juridique de la société anonyme en liquidation - et donc également de la Sàrl - cessait lorsque, à l'issue de la liquidation, celle-ci était radiée du registre du commerce. Il ne saurait toutefois être déduit de cet arrêt que la société dont la liquidation a été suspendue

faute d'actifs conserverait, a contrario, sa personnalité juridique et sa capacité d'être partie à la procédure, nonobstant sa radiation du registre du commerce. Outre qu'elle va à l'encontre de la doctrine majoritaire, qui considère que toute société radiée perd sa capacité d'être partie à la procédure au sens de l'art 66 CPC, une telle opinion introduirait une dichotomie génératrice d'insécurité juridique entre les sociétés liquidées selon les règles de la faillite et celles dont la liquidation a été

- 27/44 -

C/29826/2019-5 suspendue faute d'actifs. Les premières perdraient en effet leur capacité d'être partie au procès et ne pourraient recouvrer celle-ci que moyennant une procédure de réinscription au sens de l'art. 164 ORC; les secondes conserveraient en revanche la capacité d'être partie nonobstant leur radiation. Une telle solution ne serait guère praticable. Elle irait enfin à l'encontre du mécanisme légal prévu par l'art. 164 ORC, dont découle précisément la nécessité de faire réinscrire au registre du commerce toute société radiée avant de pouvoir l'attirer en justice. L'opinion professée par l'appelante n'est en outre pas conforme à l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 22 avril 2021. Se référant à l'ATF 132 III 731, la Haute Cour a en effet considéré, dans cet arrêt, qu'une Sàrl dont la faillite a été suspendue faute d'actifs et qui a été radiée du registre du commerce, perd sa capacité procédurale au même titre qu'une société liquidée selon la procédure ordinaire, et ce indépendamment du caractère constitutif ou déclaratif de cette radiation. Il ne saurait dès lors en aller différemment dans le cas d'espèce. Il convient encore de relever que le raisonnement susmentionné ne met pas l'appelante dans l'impossibilité d'agir à l'encontre de B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_, EN LIQUIDATION. Dès lors qu'elle alléguait disposer d'une créance à son encontre, l'appelante pouvait en effet requérir du Tribunal de première instance que cette société soit réinscrite au Registre du commerce en application de l'art. 164 al. 1 let. b et al. 2 CO, afin qu'elle recouvre sa qualité de partie et puisse être attirée devant les juridictions des Prud'hommes. L'appelante n'a toutefois pas procédé en ce sens et doit dès lors en subir les conséquences. Au vu de ce qui précède, le Tribunal a considéré à juste titre que l'action était irrecevable en tant qu'elle était dirigée à l'encontre de B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_, EN LIQUIDATION, celle-ci n'ayant plus la capacité d'être partie à la procédure. Le jugement entrepris sera dès lors confirmé sur ce point.

## **E. 5**

L'appelante conclut à l'annulation du chiffre 4 du dispositif entrepris la déboutant des fins de sa demande en tant que celle-ci était dirigée contre B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC et, cela fait, à la constatation que cette société dispose de la légitimation passive. 5.1.1 Lorsqu'une personne fonde une personne morale, notamment une société anonyme, il faut en principe considérer qu'il y a deux sujets de droit distincts avec des patrimoines séparés: la personne physique d'une part et la société anonyme d'autre part. Il en va ainsi même en présence d'une société anonyme à actionnaire unique ("Einmannengesellschaft"), bien que ce genre de structure ne corresponde pas à la société anonyme type, telle que la voulait le législateur, c'est-à-dire une société de caractère capitaliste et collectiviste qui exerce une activité commerciale ou industrielle. Ce genre de société anonyme, création de la pratique, est néanmoins toléré en droit suisse et, malgré l'identité économique entre la société

- 28/44 -

C/29826/2019-5 et l'actionnaire, on les traite en principe comme des sujets de droit distincts, avec des patrimoines séparés (ATF 144 III 541 consid. 8.3.1 et les arrêts cités).

Toutefois, dans des circonstances particulières, un tiers peut être tenu des engagements d'un débiteur avec lequel il forme une identité économique. En effet, selon le principe de la transparence, on ne peut pas s'en tenir sans réserve à l'existence formelle de deux personnes juridiquement distinctes lorsque tout l'actif ou la quasi-totalité de l'actif d'une personne morale appartient soit directement, soit par personnes interposées, à une même personne, physique ou morale; malgré la dualité de personnes à la forme, il n'existe pas deux entités indépendantes, la personne morale étant un simple instrument dans la main de son auteur, qui, économiquement, ne fait qu'un avec elle. On doit admettre que, conformément à la réalité économique, il y a identité de personnes et que les rapports de droit liant l'une également l'autre; ce sera le cas chaque fois que le fait d'invoquer la diversité des sujets constitue un abus de droit, notamment en détournant la loi, en violant un contrat ou en portant une atteinte illicite aux intérêts d'un tiers (art. 2 al. 2 CC; ATF 144 III 541 précité, *ibidem* et les arrêts cités). 5.1.2 L'application du principe de la transparence suppose donc, premièrement, qu'il y ait identité de personnes, conformément à la réalité économique, ou en tout cas la domination économique d'un sujet de droit sur l'autre; il faut deuxièmement que la dualité soit invoquée de manière abusive, c'est-à-dire pour en tirer un avantage injustifié; tel est le cas si la dualité des sujets n'est invoquée par le tiers qu'aux fins de se soustraire abusivement à ses obligations personnelles ou à l'exécution forcée qui y fait suite (ATF 144 III 541 précité, consid. 8.3.2; ATF 132 III 489 consid. 3.2, JdT 2007 II p. 81). S'agissant de l'identité économique entre la personne morale et le sociétaire, elle repose sur le fait que celui-ci peut dominer celle-là et suppose un rapport de dépendance qui peut être exercé d'une quelconque manière - autorisée ou non, à long ou à court terme, fortuitement ou de manière planifiée - et qui résulte de la possession de l'actionnariat ou d'autres causes, comme des liens contractuels ou des relations familiales ou amicales (ATF 144 III 541 précité, *ibidem* et les arrêts cités). S'agissant de l'abus de droit, il n'y a pas de définition spécifique au *Durchgriff*. On généralise seulement, de jurisprudence constante, qu'il n'y a pas besoin que la fondation elle-même de la personne morale poursuive des buts abusifs, mais qu'il suffit que la personne morale soit utilisée de manière abusive ou de se prévaloir de manière abusive de la dualité juridique pour ne pas remplir des obligations légales ou contractuelles. On exige également une accumulation de comportements différents et extraordinaires en ce sens qu'il en résulte une machination et atteinte qualifiée d'un tiers (ATF 144 III 541 précité, *ibidem* et les arrêts cités).

- 29/44 -

C/29826/2019-5 Pour le reste, les cas constitutifs d'abus de droit, voire les faits sur lesquels l'examen doit porter, sont difficilement généralisables. Doctrine et jurisprudence procèdent par indices. Il s'agit notamment des cas où les sphères et patrimoines du sociétaire et de la personne morale sont confondus (abandon de l'indépendance de la personne morale par les sociétaires eux-mêmes), ceux où une structure appropriée de gestion et d'organisation fait défaut, ceux, très proches, où le sociétaire poursuit ses propres intérêts aux dépens de ceux de la personne morale, et celui de la sous-capitalisation mettant en danger le but de la personne morale (ATF 144 III 541 précité, *ibidem* et les références). De tels indices ne peuvent toutefois pas, à eux seuls, conduire à retenir que le voile social doit être levé, même en cas d'identité économique. Il faut en plus que, dans le cas concret, il en résulte un abus de droit. En particulier, l'incapacité pour une personne morale de payer ses dettes ne suffit pas à elle seule pour appliquer le principe de la transparence, même à l'égard d'un actionnaire et administrateur unique (ATF 144 III 541 précité, *ibidem* et les références). 5.1.3

L'application du principe de la transparence a pour conséquence que le tiers peut être tenu pour responsable des engagements contractés par le débiteur. L'indépendance formelle de la personne morale n'est pas prise en considération et la réalité économique est aussi déterminante juridiquement; la personne morale et celle qui la domine sont traitées juridiquement - avant tout du point de vue de la propriété - comme une unité. Ce principe ne conduit toutefois pas à une suppression générale de la dualité juridique; il ne peut avoir effet que dans un cas particulier, mettant en jeu une norme spécifique. En d'autres termes, c'est la protection qu'offre la dualité juridique qui est refusée au motif que l'indépendance de la personne morale est invoquée abusivement aux fins de se soustraire à ses obligations ou à l'exécution forcée qui y fait suite en cas d'inexécution de celles-ci (ATF 144 III 541 précité, consid. 8.3.3).

## **E. 5.2**

Aux termes du jugement entrepris, le Tribunal a considéré que l'appelante et B\_\_\_\_\_/3\_\_\_\_\_, qui n'étaient alors liées que par un contrat de consulting, avaient échangé à compter du mois de février 2018 au sujet de la création d'une Sàrl en Suisse dont la première serait la directrice commerciale. Cette solution avait été préférée à celle consistant à passer par une Professional Employer Organization. B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ avait été créée en deux mois suite à ces discussions. Elle avait été constituée conformément au droit suisse, les parties ayant été notamment conseillées par P\_\_\_\_\_ SA dans leurs démarches. B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ avait pris pour adresse le domicile privé de l'appelante, sur proposition de cette dernière et d'entente avec B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC. L'on ne dénotait dès lors aucun abus de droit dans la constitution de cette Sàrl. Il était en outre indéniable que les parties aient eu la volonté de se lier par un rapport de travail et n'en avaient pas simulé un autre. Elles avaient discuté tous les

- 30/44 -

C/29826/2019-5 points de leur contrat, lequel mentionnait notamment l'abandon par l'appelante de son statut de consultante au profit de celui d'employée. Elles avaient également réglé tous les aspects liés au statut d'une salariée (AVS, LPP, salaire). Le fait que le contrat ait été signé par D\_\_\_\_\_ pour B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ ne recelait au surplus aucune anomalie, l'appelante ne pouvant signer ledit contrat en qualité d'employée et d'employeuse. La préparation et la signature de ce contrat ne recelaient dès lors rien d'abusif.

S'agissant de la gestion de B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ et de l'activité déployée par l'appelante, le Tribunal a relevé que le certificat et les fiches de salaire versées à la procédure mentionnaient B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ comme employeuse. Les documents en lien avec l'AVS, la LPP, la LAA et les impôts avaient été établis à l'attention de cette société et un compte bancaire avait été ouvert à son nom auprès de [la banque] S\_\_\_\_\_ SA. Avant la fin des rapports de travail avec l'appelante, B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ avait en outre engagé U\_\_\_\_\_ qui avait précédemment travaillé comme consultante pour elle. L'affirmation selon laquelle B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ aurait été constituée uniquement pour engager l'appelante ne trouvait ainsi pas confirmation et aucun abus de droit ne ressortait de ces agissements. Le Tribunal a souligné qu'au vu de son statut, l'appelante ne recevait pas d'instructions précises sur son travail, qu'elle gérait son temps de travail comme elle l'entendait et qu'elle avait été autorisée à garder une activité indépendante. B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ avait, d'entente entre les parties, été domiciliée à son adresse privée, sur sa proposition. Le Tribunal a enfin mis en évidence le fait que B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC détenait l'entier du capital social de

B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_. Les demandes formulées par l'appelante en relation avec son salaire et ses frais professionnels devaient ainsi être validées par D\_\_\_\_\_ ou I\_\_\_\_\_, chef des finances de B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC. L'appelante était cependant parfaitement informée de cette gestion et du fait que chaque mois, de l'argent était débloqué afin de régler les charges de B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_. Ceci se faisait de manière transparente et l'appelante ne s'était pas inquiétée de ce mécanisme. De plus, l'incapacité pour une société de payer ses dettes ne suffisait pas pour faire application du Durchgriff, même à l'égard d'un actionnaire unique.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, il n'était pas démontré que la Sàrl ne disposait d'aucune entité propre et que sa gestion "tendait à l'existence d'un abus de droit". Les circonstances du cas ne justifiaient dès lors pas l'application du Durchgriff entre B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC. Cette dernière ne pouvait par conséquent être reconnue "titulaire" (recte: débitrice) des créances salariales invoquées par l'appelante.

- 31/44 -

C/29826/2019-5

Le Tribunal a encore relevé qu'il était curieux que l'appelante n'ait pas fait valoir ses créances salariales dans la faillite de B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_, qu'elle ait retiré la requête qu'elle avait déposée auprès du Tribunal de première instance en vue de la nomination d'un commissaire pour la gestion des affaires de cette société et qu'elle n'ait pas agi en responsabilité contre B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC pour les dommages subis de la part de celle-ci.

### **E. 5.3**

L'appelante fait tout d'abord grief au Tribunal d'avoir ignoré certains faits pourtant dûment allégués par elle. Il y avait ainsi lieu de retenir que c'était D\_\_\_\_\_ qui lui avait proposé un statut d'employée plutôt que de consultante et lui avait demandé de se renseigner sur les modalités de constitution d'une filiale. La décision de la nommer comme gérante de B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ ne visait en outre qu'à se conformer aux art. 818 al. 4 et 718 al. 4 CO, lesquels exigeaient qu'une Sàrl soit représentée par au moins une personne domiciliée en Suisse. En dépit de son statut de directrice, elle était quasi quotidiennement en contact avec D\_\_\_\_\_ auquel elle rendait compte de son activité et dont elle suivait les instructions. Elle avait assisté aux séances du conseil d'administration de B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC aux Etats-Unis, auquel elle faisait part de son activité. Elle faisait valider ses dépenses professionnelles à D\_\_\_\_\_ et sollicitait son accord avant de fournir des prestations à d'autres entités. L'existence d'un lien de subordination était dès lors démontrée. Elle ne prenait en outre aucune décision pour B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_, n'ayant notamment ni négocié ni signé le contrat de travail conclu entre celle-ci et U\_\_\_\_\_. La décision de dissoudre B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ et de transférer la précitée dans une autre entité du groupe avait enfin été concomitante à son licenciement. B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC n'avait ainsi utilisé B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ que pour la durée de la relation de travail avec l'appelante. A ces éléments s'ajoutait le fait que B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ ne générât aucun revenu. Une fois son capital social épuisé, B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC lui avait versé chaque mois les montants nécessaires au paiement du salaire de l'appelante et des charges sociales y afférentes. B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ ne disposait en outre d'aucune structure de gestion propre, toutes les décisions étant prises par D\_\_\_\_\_ ou I\_\_\_\_\_. B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC signait de même les contrats avec les clients démarchés par l'appelante et encaissait les revenus y afférents. Elle n'était ainsi qu'un instrument en mains de B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC, avec lequel elle ne

formait qu'un. Cumulés à ceux retenus par le Tribunal, ces éléments factuels justifiaient de faire abstraction de la dualité juridique entre les deux sociétés et de faire application du Durchgriff.

#### **E. 5.4**

En l'espèce, il résulte du dossier que B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ était détenue dans son intégralité par B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC et faisait partie du groupe B\_\_\_\_\_. En dépit de cette intégration et de cette identité économique, il n'est toutefois pas

- 32/44 -

C/29826/2019-5 contesté qu'elle constituait un sujet de droit distinct de son actionnaire unique, B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC, avec un patrimoine séparé. Est en revanche litigieuse la question de savoir si B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC invoque de manière abusive la dualité juridique existant entre elle-même et B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ et si elle doit, en vertu du principe de transparence, répondre solidairement des engagements contractés par sa filiale vis-à-vis de l'appelante. L'application du principe de la transparence suppose tout d'abord qu'il y ait identité des personnes, conformément à la réalité économique, ou, en tout cas, domination économique d'un sujet de droit sur l'autre. En l'occurrence, et comme relevé ci-avant, B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC détenait l'intégralité des parts sociales de B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_, laquelle était intégrée au groupe B\_\_\_\_\_. B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC dominait dès lors économiquement B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_. La première condition permettant d'appliquer le principe de transparence est par conséquent remplie. S'agissant de la question de savoir si la dualité juridique entre ces deux sociétés est invoquée de manière abusive, c'est-à-dire pour en tirer un avantage injustifié, il n'appert pas - ainsi que l'ont retenu les premiers juges - que B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC aurait constitué d'emblée B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ afin de se soustraire à ses obligations contractuelles ou légales. A teneur des faits constatés par le Tribunal et non contestés en appel, la constitution de B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ devait en effet permettre à B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC de mieux s'implanter sur le marché européen, en disposant d'une entité propre, sise en Suisse. Celle-ci devait être dirigée par l'appelante, laquelle travaillait alors comme consultante pour B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC et qui, du fait de son domicile en Suisse, pouvait représenter cette entité comme l'exige l'art. 718 al. 4 CO. Une telle démarche ne recèle, en tant que telle, rien d'abusif. Aucun élément n'indique en outre que B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC aurait planifié d'emblée de dissoudre B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ si elle venait à licencier l'appelante, dans le but d'éviter d'assumer les conséquences financières d'un tel acte. Contrairement à ce que semble avoir retenu le Tribunal, l'application du principe de la transparence ne présuppose toutefois pas que la fondation de B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ ait poursuivi dès l'origine un but abusif. Il suffit que B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC se prévale de manière abusive de la dualité juridique avec sa filiale en relation avec les prétentions invoquées par l'appelante pour que le Durchgriff puisse être mis en œuvre. Or, il résulte du dossier qu'à compter du mois d'août 2018, B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC a régulièrement versé sur le compte bancaire ouvert au nom de B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ auprès de [la banque] S\_\_\_\_\_ les montants nécessaires pour le règlement du salaire, des frais professionnels et des charges sociales de

- 33/44 -

C/29826/2019-5 l'appelante et, dans un second temps, de ceux de U\_\_\_\_\_. Une fois l'appelante licenciée, elle a transféré la précitée, seule autre employée de B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_, dans une entité du groupe B\_\_\_\_\_ sise hors de Suisse. Elle a

simultanément cessé d'alimenter le compte S\_\_\_\_\_ de B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_, lequel ne présentait plus qu'un solde de 1'443 fr. 40 au 30 octobre 2019 ayant servi à rembourser une partie des derniers frais professionnels encourus par l'appelante. Elle a en outre provoqué la dissolution de B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ en ne désignant pas une autre personne habilitée à représenter la société en Suisse et laissé la procédure de faillite aller sa voie, jusqu'à la radiation de B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ du Registre du commerce. Au vu de cet enchaînement d'évènements, il apparaît que B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC a provoqué délibérément la dissolution et la faillite de sa filiale, en sachant que cette situation mettrait l'appelante de facto dans l'impossibilité de faire valoir des prétentions financières suite à son licenciement. Dans la mesure où B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC avait elle-même assumé, par l'entremise de sa filiale avec laquelle elle formait une unité économique, les coûts liés à l'engagement de l'appelante durant les rapports de travail, un tel comportement portait atteinte de manière qualifiée aux intérêts de l'appelante et doit être qualifié d'abusif. Les arguments sur la base desquels les premiers juges sont parvenus à une conclusion contraire n'emportent pour le surplus pas conviction. Le fait que l'appelante ait été au courant de la manière dont B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC gérait sa filiale et ne s'en soit pas inquiétée ne saurait avoir pour effet de lui dénier l'expectative légitime que la société-mère continuerait d'assumer les engagements financiers de sa filiale dans l'hypothèse où les rapports de travail qu'elle avait noués avec celle-ci devaient cesser. Au vu des circonstances décrites ci-dessus, le cas d'espèce ne pouvait non plus être apparenté à celui dans lequel il ne peut être exigé de l'actionnaire et administrateur unique de répondre des dettes de la société anonyme qu'il détient au seul motif qu'elle est devenue insolvable. Au vu de ce qui précède, il se justifie de faire application du principe de transparence entre B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC et B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_, la première devant par conséquent répondre solidairement avec la seconde des engagements financiers découlant du contrat de travail conclu avec l'appelante. Une telle conséquence ne heurte pas le sentiment de justice. D'un point de vue économique, l'appelante a en effet été rémunérée exclusivement par B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC. Il résulte en outre du dossier que, bien que disposant formellement d'un statut de gérante et d'une certaine indépendance dans l'organisation de son travail, l'appelante demeurait soumise au pouvoir hiérarchique de D\_\_\_\_\_ et de I\_\_\_\_\_, respectivement CEO et CFO de B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC. A teneur de son contrat de travail, elle devait en outre déployer son activité de conseil tant pour B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ que pour

- 34/44 -

C/29826/2019-5 B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC, société à laquelle elle était de surcroît intégrée en tant que directrice commerciale et observatrice du conseil d'administration. La légitimation passive de B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC dans le cadre de la présente procédure sera par conséquent admise, les chiffres 4 et 10 du dispositif du jugement entrepris réformés en ce sens et l'affaire renvoyée au Tribunal pour reprise de l'instruction et nouvelle décision (cf. toutefois infra, consid. 6 s'agissant des conclusions de l'appelante relatives aux 65 Units qui lui avaient été attribuées).

## **E. 6**

L'appelante reproche encore au Tribunal, dans un grief distinct, de s'être déclaré incompétent à raison du lieu pour connaître de sa prétention en paiement de la somme de 780'000 USD bruts à titre de contre-valeur des 65 Units qui lui avaient été octroyées.

6.1.1 L'art 115 LDIP prévoit que les tribunaux suisses du domicile du défendeur ou du lieu dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail sont compétents pour connaître des actions relatives au contrat de travail (al. 1). L'action intentée par un travailleur peut, de surcroît, être portée au for de son domicile ou de sa résidence habituelle en Suisse (al. 2). L'art. 177 al. 1 LDIP dispose que toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage. La convention d'arbitrage est valable si elle est passée en la forme écrite ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte (art. 178 al. 1 LDIP). Quant au fond, elle est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse (art. 178 al. 2 LDIP). La LDIP ne définit pas le concept de "cause de nature patrimoniale". Selon une conception étendue, qui s'impose dans la perspective d'un accès largement ouvert à l'arbitrage international, il faut entendre par patrimoniale "toute cause qui présente un intérêt pécuniaire, direct ou indirect, pour l'une au moins des parties". Sont ainsi arbitrables, notamment, tous les litiges internationaux civils de nature contractuelle de droit privé, le seul critère résidant dans l'intérêt patrimonial de la cause. Les prétentions d'un contrat de travail sont ainsi arbitrables, dans les cas d'arbitrage international régis par le chapitre 12 LDIP. Des limites existent uniquement dans l'arbitrage interne s'agissant des droits qui ne sont pas à la libre disposition des parties (BUCHER/BONOMI, op. cit., n. 4 ad art. 177 LDIP et la référence à l'ATF 136 III 476 consid. 4.6).

6.1.2 Les plans d'intéressement (Mitarbeiterbeteiligung, stock option plan) sont les mesures qu'une entreprise prend afin que ses cadres ou collaborateurs puissent se procurer, à intervalles réguliers et sous des modalités spécifiques, des actions de cette entreprise ou des options sur ses actions. En pratique, l'employé peut soit

- 35/44 -

C/29826/2019-5 bénéficiaire d'une participation qui se présente comme une partie intégrante de son contrat de travail, soit intervenir comme un investisseur qui accepte de son plein gré le risque lié au placement (ATF 131 III 615 consid. 3, 4 et 6, SJ 2006 I 45; ATF 130 III 495 consid. 4.2, JdT 2005 I 79; BOHNET/DIETSCHY, in Commentaire du contrat de travail, 2ème éd 2022, n. 11 ad art. 361 et 362 CO). Selon la jurisprudence, les règles du droit du travail sont applicables à toutes les prestations promises au travailleur en contrepartie de son activité, indépendamment de la construction juridique adoptée au sein du groupe employeur relativement à certaines de ces prestations, et, en particulier, indépendamment d'un éventuel système de contrats multiples liant le travailleur à des personnes morales distinctes (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_242/2014 du 2 septembre 2014 consid. 4 avec renvoi à l'ATF 130 III 495 consid. 4.2.1). Toutefois, si un employé souscrit les documents topiques d'un plan d'intéressement de la société-mère, il accepte d'entrer à ce sujet dans une relation juridique directe avec cette société; partant, la société-fille n'a pas la qualité pour défendre en relation avec ce pan de la rémunération de l'employé (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_175/2014 du 8 juillet 2014 consid. 4). Le Tribunal fédéral a notamment relevé, dans l'arrêt en question, que nonobstant sa jurisprudence publiée aux ATF 130 III 495, lorsque le ou les contrats conclus assurent au travailleur des prestations divisibles, aucune règle impérative n'exclut que ces prestations soient réparties en dettes partielles à assumer séparément par des débiteurs distincts. Dans le cas d'espèce, le contrat de travail mentionnait le plan d'intéressement de la société-mère de l'employeuse; il en réservait toutefois les modalités et conditions spécifiques, ainsi que les décisions ressortissant exclusivement à ladite société, relatives aux distributions d'options. Au regard du principe

de la confiance, il n'apparaissait pas que l'employeuse se soit obligée par cette clause à fournir elle-même des options sur actions de sa société-mère, ni à garantir une prestation de ce genre selon l'art. 111 CO. Le Tribunal fédéral a encore ajouté que le droit suisse admettait qu'une personne s'oblige à travailler en Suisse au service d'un employeur à l'étranger; à plus forte raison, ce droit admettait aussi qu'un travailleur en Suisse se fasse promettre une partie de sa rémunération par une société en Suisse et une autre partie par une société à l'étranger.

### **E. 6.2**

Aux termes du jugement entrepris, le Tribunal a considéré que l'appelante avait allégué que ses prétentions en paiement de la contre-valeur de 65 Units découlaient de son contrat de travail. Elle n'avait cependant pas démontré l'existence d'un for à Genève en lien avec cette prétention car les documents liés à la perception de ces Units prévoyaient un for dans l'Etat du M\_\_\_\_\_.

- 36/44 -

C/29826/2019-5

### **E. 6.3**

L'appelante conteste en premier lieu que l'article 10.6 du Series Agreement prévoyant un for dans l'Etat du M\_\_\_\_\_ soit applicable au présent litige. L'article 16 de l'Equity Award Agreement renvoyait en effet à un "article X" du Series Agreement et non à un article 10. Or, B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC n'avait pas établi que "X" correspondait à "10". Elle fait valoir, en second lieu, qu'il ne faisait aucun doute que les 65 Units litigieuses lui avaient été attribuées dans le cadre de sa relation de travail et faisaient partie intégrante dudit contrat. Les accords susmentionnés lui avaient été adressés dans le cadre des négociations relatives à ce contrat. L'Equity Award Agreement prévoyait en outre que les Units ne lui seraient définitivement acquises au 1er janvier 2020 qu'à condition que son contrat de travail soit toujours en vigueur. Le for impératif de l'art. 34 CPC s'appliquait dès lors également aux prétentions relatives à ces 65 Units.

### **E. 6.4**

En l'espèce, il n'est pas contesté que l'Equity Award Agreement sur lequel l'appelante fonde ses prétentions a été conclu, initialement, entre elle-même et B\_\_\_\_\_/4\_\_\_\_\_ HOLDINGS, soit une entité qui n'est pas partie au présent litige. Ce faisant, l'appelante a accepté, conformément à la jurisprudence susmentionnée, d'entrer dans une relation juridique directe avec cette société, relation à laquelle B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ n'était pas partie. Le fait que ce plan d'intéressement ait été communiqué à l'appelante dans le cadre des négociations relatives à son contrat de travail ne saurait suffire, à lui seul, pour retenir une commune et réelle intention des parties tendant à ce que B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_, respectivement B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC, deviennent également parties à cette relation contractuelle ou garantissent à l'appelante les prestations découlant de celle-ci en vertu de l'art. 111 CO. A teneur du jugement entrepris, l'appelante n'a d'ailleurs pas allégué, devant le Tribunal, l'existence d'une telle volonté des parties. Elle ne l'allègue pas davantage en appel, ni ne plaide qu'elle pouvait admettre un engagement de B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ sur ce point en application du principe de confiance. Elle ne conteste pas davantage la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière, selon laquelle aucune règle impérative n'interdit de mettre le travailleur au bénéfice de prestations assumées séparément par des débiteurs distincts. Au

vu de ce qui précède, ni B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ ni B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC ne disposent de la légitimation passive en relation avec les prétentions formulées par l'appelante sur la base de l'Equity Award Agreement susmentionné. L'appelante sera par conséquent déboutée de ses prétentions tendant au paiement de la somme de 780'000 USD bruts, à titre de contre-valeur de 65 Units, le jugement entrepris étant réformé en ce sens.

- 37/44 -

C/29826/2019-5 Compte tenu de l'issue du litige sur ce point, il n'y a pas lieu d'examiner plus avant la validité de la clause d'arbitrage contenue à l'article 10.6 du Series Agreement, auquel renvoyait l'Equity Award Agreement conclu par l'appelante.

## **E. 7**

La cause devant être renvoyée aux premiers juges pour reprise de l'instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants, il reste à statuer sur la conclusion de l'appelante tendant à ce que les documents qu'elle a remis au Tribunal les 25 avril et 29 mai 2022 soient déclarés recevables, ainsi que sur son grief selon lequel le Tribunal aurait violé son droit d'être entendue en ne statuant pas, dans son ordonnance de preuves du 10 mai 2022, sur les mesures d'instruction qu'elle sollicitait.

7.1.1 Selon l'article 225 CPC, le tribunal ordonne un second échange d'écritures, lorsque les circonstances le justifient. A teneur de l'art. 229 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont admis aux débats principaux que s'ils sont invoqués sans retard et qu'ils remplissent l'une des conditions suivantes : ils sont postérieurs à l'échange d'écritures ou à la dernière audience d'instruction (novas proprement dits) (let. a) ; ils existaient avant la clôture de l'échange d'écritures ou la dernière audience d'instruction mais ne pouvaient être invoqués antérieurement bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (novas improprement dits) (let. b). Selon l'art. 229 al. 2 CPC, s'il n'y a pas eu de second échange d'écritures ni de débats d'instruction, les faits et moyens de preuves nouveaux sont admis à l'ouverture des débats principaux. 7.1.2 Il découle de la jurisprudence rendue en lien avec les art. 226 et 229 CPC que chaque partie ne peut s'exprimer sans limitation que deux fois: une première fois dans le cadre du premier échange d'écritures, puis une seconde fois dans le cadre d'un second échange d'écritures (art. 225 CPC), lequel n'est toutefois pas obligatoire et intervient toujours avant les débats principaux (WILLISEGGER, in Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3ème éd. 2017, n. 4 et 6 ad art. 225 CPC). Si un tel échange n'est pas ordonné, les parties pourront encore s'exprimer sans limitation à l'audience d'instruction (art. 226 al. 2 CPC) ou à l'ouverture des débats principaux, avant les premières plaidoiries (art. 228 al. 1, 229 al. 2 CPC). Si un nouvel élément n'est introduit qu'après ce moment, et dès lors tardivement au regard de l'art. 229 al. 2 CPC, il ne peut plus être pris en considération qu'aux conditions de l'art. 229 al. 1 lit. a (vrai novum) ou lit. b (pseudo novum) CPC (ATF 144 III 67 consid. 2.1).

7.1.3 L'art. 154 CPC dispose que les ordonnances de preuves sont rendues avant l'administration des preuves. Elles désignent en particulier les moyens de preuve

- 38/44 -

C/29826/2019-5 admis et déterminent pour chaque fait à quelle partie incombe la preuve ou la contre-preuve. Elles peuvent être modifiées ou complétées en tout temps.

Le tribunal administre les preuves après les premières plaidoiries (art. 231 CPC).

L'art. 154 CPC impose au juge de décider quels faits doivent être prouvés et quels moyens de preuve il est nécessaire d'administrer, puis de communiquer sa décision aux parties par une ordonnance de preuves (SCHWEIZER, in Commentaire romand CPC, 2ème éd. 2019, art. 154, n. 10). Le fait d'administrer un moyen de preuve sans rendre préalablement une ordonnance de preuves écrite et communiquée aux parties (art. 136 let. b CPC) ou consignée au procès-verbal de l'audience (art. 235 al. 1 let. e CPC) constitue une violation de l'art. 154 CPC et du droit d'être entendu des parties, en particulier du droit de s'exprimer sur les éléments pertinents du litige et de participer à l'administration des preuves (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_108/2017 du 30 mai 2017 consid. 3.1, commenté par BASTONS BULLETTI in CPC Online, Newsletter du 26 octobre 2017).

L'administration des preuves n'a cependant pas toujours lieu. Si les preuves ont déjà été administrées dans la procédure préparatoire - p. ex. lors de l'audience d'instruction (art. 226 al. 3 CPC) - ou si les moyens de preuves offerts et produits sont des titres, les parties doivent s'exprimer à leur sujet dans le cadre des premières plaidoiries (art. 228 CPC). Si pour les motifs susmentionnés, il n'y a pas d'administration des preuves, il n'y a pas lieu de prononcer une ordonnance formelle de preuves (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_308/2020 du 5 novembre 2020 consid. 3.3.2). Dans une telle hypothèse, l'ordonnance de preuves n'est en effet pas "nécessaire" au sens de la version allemande de l'art. 154 CPC ("Vor der Beweisabnahme werden die erforderlichen Beweisverfügungen getroffen."). Le tribunal qui écarte des réquisitions de preuves régulièrement formulées n'en doit pas moins motiver sa démarche dans la décision finale (arrêt du Tribunal de commerce de Zurich du 27 juillet 2020 [HG 190170-O] consid. 2.1.3.4; arrêt du Tribunal cantonal de Zurich du 17 juillet 2016 [LB160009] consid. 9.2).

7.1.4 Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, d'avoir accès au dossier, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 148 II 73 consid. 7.3.1 et les références; 145 I 167 consid. 4.1).

Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle, dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (ATF 144 IV 302 consid. 3.1 et les

- 39/44 -

C/29826/2019-5 références). Cependant, ce droit n'est pas une fin en soi. Ainsi, lorsqu'on ne voit pas quelle influence sa violation a pu avoir sur la procédure, il n'y a pas lieu d'annuler la décision attaquée (ATF 143 IV 380 consid. 1.4.1). Partant l'admission de la violation du droit d'être entendu suppose que, dans sa motivation, le recourant expose quels arguments il aurait fait valoir dans la procédure cantonale et en quoi ceux-ci auraient été pertinents. A défaut, le renvoi de la cause au juge précédent, en raison de la seule violation du droit d'être entendu, risquerait de conduire à une vaine formalité et à prolonger inutilement la procédure (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_679/2022 du 25 avril 2023 et les arrêts cités).

## **E. 7.2**

Aux termes du jugement entrepris, le Tribunal a considéré que la présente procédure avait été limitée à la question de la recevabilité de la demande sous l'angle de la compétence à

raison du lieu, de la compétence à raison de la matière et du défaut de légitimation passive. Contrairement à ce que B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC soutenait, la demande du 26 octobre 2020, et en particulier les allégués se rapportant aux questions auxquelles la procédure avait été limitée, devaient par conséquent être pris en considération, étant donné que les questions de recevabilité s'examinaient d'office. Ainsi, la demande constituait la première écriture pertinente. B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC s'était déterminée à son tour le 6 septembre 2021. Dans ce cadre, elle avait choisi de ne pas se prononcer sur les allégués pertinents précités figurant dans la demande, ce qui lui appartenait. Les déterminations de l'appelante du 9 novembre 2021 constituaient dès lors sa "deuxième chance". En déposant à son tour, le 4 février 2022, des déterminations, B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC avait clôturé ce second échange d'écritures. L'appelante avait pu se déterminer, à l'audience de débats d'instruction qui avait suivi, sur les allégués 1 à 37 contenus dans les déterminations précitées. Les pièces qu'elle avait déposées le 25 avril 2022 étaient en revanche postérieures à ce second échange d'écritures. Dès lors qu'elles ne remplissaient pas les conditions de l'article 229 CPC, elles étaient irrecevables. Il en allait a fortiori de même des pièces déposées le 29 mai 2022. S'agissant des témoins cités par l'appelante dans son mémoire du 9 novembre 2021, le Tribunal a considéré qu'il disposait de suffisamment d'éléments pour trancher les questions auxquelles la procédure avait été limitée. En effet, il ressortait du dossier que le déroulement des faits n'était pas réellement contesté par les parties mais bien plutôt leur interprétation. En outre, les nombreuses pièces produites par celles-ci permettaient amplement de se déterminer sur les questions posées, dans ce volet limité, sans auditionner toutes les personnes listées. Il pouvait dès lors être renoncé à entendre les témoins cités par l'appelante.

7.3.1 En l'espèce, l'appelante fait tout d'abord valoir qu'elle avait annoncé, dans le bordereau de pièces joint à ses déterminations du 9 novembre 2021, qu'elle allait produire la procuration établie en sa faveur par B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC en vue de la constitution de B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ (pièce requise no 151). Les pièces produites

- 40/44 -

C/29826/2019-5 le 25 avril 2022 comportaient, certes, non seulement un tirage de ladite procuration, mais également l'acte constitutif et les statuts de B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_, et l'attestation de consignation du capital social. L'appelante affirme qu'elle aurait toutefois eu le loisir de faire rectifier l'intitulé de la pièce requise no 151 lors de l'audience de débats d'instruction du 10 mai 2022 en l'intitulant "documents relatifs à la constitution de B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_, en particulier procuration, acte constitutif, statuts et attestation de consignation du capital social". Elle estime que les pièces remises le 25 avril 2022 sont dès lors recevables.

Ce faisant, l'appelante ne remet pas en question le raisonnement tenu par le Tribunal, selon lequel les pièces précitées avaient été produites postérieurement à la clôture du second échange d'écritures et étaient dès lors irrecevables, faute de remplir les conditions fixées par l'art. 229 al. 1 CPC. Elle n'explique pas davantage en quoi la tenue d'une audience de débats d'instruction postérieurement à ce second échange d'écriture lui aurait permis de produire des pièces nouvelles. En absence de motivation conforme aux exigences découlant de l'art. 311 al. 1 CPC, son grief est dès lors irrecevable.

7.3.2 S'agissant des documents remis le 29 mai 2022, l'appelante fait valoir, en substance, que leur production aurait été rendue nécessaire par l'attitude du Tribunal. Celui-ci lui avait en effet fait croire, lors de l'audience du 2 mai 2022, qu'il ne tiendrait pas compte des

allégués de la demande pour statuer sur les points auxquels la procédure avait été limitée. Il n'avait pas non plus invité B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC à se déterminer sur les allégués en question. Il n'avait en outre statué ni sur la liste de témoins déposée par l'appelante, ni sur ses réquisitions de production de pièces des 26 octobre 2020, 22 juin 2021 et 9 novembre 2021. Il avait enfin prétendu à tort que l'appelante "n'indiquait pas de témoins" dans son écriture du 9 novembre 2021. Elle avait dès lors été contrainte de déposer ses déterminations du 29 mai 2022. Ce faisant, l'appelante ne conteste pas que les déterminations susmentionnées étaient postérieures au second échange d'écritures ordonné par le Tribunal et n'étaient dès lors recevables qu'aux conditions prévues par l'art. 229 al. 1 CPC. Elle ne prétend pas davantage que ces conditions étaient satisfaites et se limite à invoquer la violation de son droit d'être entendue par le Tribunal. Elle perd toutefois de vue que l'invocation de ce grief présupposait qu'elle expose, dans sa motivation, les arguments qu'elle aurait été empêchée de faire valoir devant le Tribunal, et qu'elle explique les raisons pour lesquelles ceux-ci auraient été pertinents en regard de la décision qui a finalement été rendue. Or, elle ne dit mot à ce propos. Son grief à l'encontre du rejet des documents produits le 29 mai 2022 est dès lors irrecevable. 7.3.3 L'affirmation de l'appelante, selon laquelle le Tribunal n'aurait pas statué, dans son ordonnance de preuves du 10 mai 2022, sur les auditions de témoins, les

- 41/44 -

C/29826/2019-5 interrogatoires des parties et les productions de pièces qu'elle avait sollicitées dans ses diverses écritures, ni n'avait fourni de motivation sur ce point, est pour le surplus infondée. Le Tribunal a en effet considéré, dans l'ordonnance susmentionnée, que l'appelante n'avait pas offert de prouver les faits allégués dans son écriture du 9 novembre 2021 à l'aide de témoins et que les pièces produites étaient suffisantes pour statuer sur les questions auxquelles la procédure avait été limitée, écartant ainsi implicitement les autres mesures d'instruction sollicitées par l'appelante. Il a justifié cette décision par une appréciation anticipée des preuves. L'ordonnance querellée était dès lors dûment motivée. La critique de l'appelante selon laquelle le Tribunal aurait dû, dans ladite ordonnance, mentionner clairement les allégués de preuve admis, les allégués contestés, les preuves à administrer sur ces derniers et les moyens de preuve écartés en relation avec les questions de compétence et de légitimation passive, sera également écartée. Sur ce point, le cas d'espèce s'apparente à celui jugé par le Tribunal fédéral dans l'arrêt 4A\_308/2020 mentionné ci-dessus: les premiers juges ayant renoncé par appréciation anticipée des preuves à ordonner des actes d'instruction et ayant statué d'emblée au fond, la rédaction d'une ordonnance de preuves fixant les incombances de chacun en matière de preuves n'était pas nécessaire ("erforderlich") au sens de l'art. 154 CPC. Sous l'angle de cette seule disposition, les premiers juges pouvaient se limiter à motiver leur rejet des actes d'instruction sollicités par l'appelante dans le cadre du jugement entrepris, ce qu'ils ont fait, charge à l'appelante de contester ce point en appel. Or, l'appelante ne conteste précisément pas, dans le grief qu'elle consacre à cette question, l'appréciation anticipée des preuves effectuée par le Tribunal. Elle ne sollicite pas davantage l'administration par la Cour des moyens de preuve offerts, ni n'expose quels faits pertinents le Tribunal aurait ignorés en n'administrant pas les preuves en question. Son grief est dès lors irrecevable.

### **E. 8.1**

Si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de la première instance (art. 318 al. 3 CPC). Les frais - qui comprennent les frais judiciaires et les dépens (art. 95 al.

1 CPC) - sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 106 al. 1 1ère phrase CPC). Lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, les frais sont répartis selon le sort de la cause (art. 106 al. 2 CPC). Pour déterminer cette répartition, il faut en principe comparer ce que chaque partie obtient par rapport à ses conclusions. S'agissant de prétentions en argent, un calcul mathématique est concevable, mais une certaine pondération selon l'appréciation du juge, tenant compte d'un gain sur une question de principe et du fait qu'en réalité certaines prétentions étaient peut-être plus importantes que d'autres dans le procès paraît justifiée (TAPPY, in CPC, Commentaire romand, 2ème éd. 2019, n. 34

- 42/44 -

C/29826/2019-5 ad art. 106 CPC; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_140/2019 du 5 juillet 2019 consid. 5.1.1). 8.2.1 En l'espèce, les frais judiciaires d'appel seront arrêtés à 5'000 fr. (art. 5 et 71 RTFMC) et compensés avec l'avance versée par l'appelante, qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC). S'agissant de la répartition desdits frais, il y a lieu de relever que l'appelante obtient gain de cause sur la question de la légitimation passive de B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC, à l'exception de ses prétentions en paiement de la somme de 780'000 USD brut à titre de contre-valeur de 65 Units, montant correspondant aux deux tiers de ses prétentions. Elle succombe par ailleurs s'agissant de la capacité de B\_\_\_\_\_/1\_\_\_\_\_ d'être partie à la présente procédure. La question de la légitimation passive de B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC constituant le point d'achoppement du litige, il se justifie dès lors de répartir les frais judiciaires d'appel par moitié entre l'appelante et B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC. La seconde sera par conséquent condamnée à verser 2'500 fr. à la première à titre de remboursement partiel des frais judiciaires d'appel (art. 111 al. 2 CPC). Il ne sera pour le surplus pas alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC). 8.2.2 La décision entreprise étant annulée et la cause renvoyée au Tribunal pour instruction complémentaire et nouvelle décision, celui-ci statuera sur les frais de la procédure de première instance dans la décision finale. Les chiffres 5 à 9 du dispositif du jugement entrepris seront par conséquent annulés et réformés en ce sens. \* \* \* \* \*

- 43/44 -

C/29826/2019-5

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

A la forme : Déclare recevable l'appel interjeté le 27 janvier 2023 par A\_\_\_\_\_ contre le jugement JTPH/366/2022 rendu le 9 décembre 2022 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/29826/2019-5. Au fond : Annule les chiffres 4 à 10 du dispositif du jugement entrepris et, statuant à nouveau sur ces points : Déboute A\_\_\_\_\_ de ses conclusions en paiement de la somme brute de 780'000 USD, réclamée à titre de contre-valeur de 65 Units. Dit pour le surplus que la juridiction des prud'hommes est compétente à raison du lieu et de la matière et que B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC dispose de la légitimation passive dans le cadre de la présente procédure. Renvoie la cause au Tribunal des prud'hommes pour instruction complémentaire et nouvelle décision dans le sens des considérants. Dit que le Tribunal des prud'hommes statuera sur les frais de la procédure de première instance dans la décision finale. Confirme le jugement entrepris pour le surplus. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Sur les frais d'appel : Arrête les frais judiciaires d'appel à 5'000 fr. et les compense avec l'avance fournie par A\_\_\_\_\_, qui reste acquise à l'Etat de Genève. Met lesdits frais à la charge de A\_\_\_\_\_ à hauteur de 2'500 fr. et de B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC à

hauteur de 2'500 fr. Condamne par conséquent B\_\_\_\_\_/2\_\_\_\_\_ LLC à verser 2'500 fr. à A\_\_\_\_\_ à titre de remboursement partiel des frais judiciaires d'appel. Dit qu'il n'est pas alloué de dépens d'appel.

- 44/44 -

C/29826/2019-5 Siégeant : Monsieur Ivo BUETTI, président; Madame Anne-Christine GERMANIER juge employeuse; Monsieur Willy KNÖPFEL, juge salarié; Madame Fabia CURTI, greffière.

Le président : Ivo BUETTI

La greffière : Fabia CURTI

Indication des voies de recours :

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.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.