

GE_GERICHTE C/11638/2008 vom 7. Juli 2011

GE Cour de justice, 2011-07-07, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_11638_2008

FR: GE_GERICHTE C/11638/2008 du 7 juillet 2011

IT: GE_GERICHTE C/11638/2008 del 7 luglio 2011

Regeste

; COMPÉTENCE RATIONE MATERIAE ; IMMUNITÉ ; COMPÉTENCE INTERNATIONALE

Erwägungen

E. 1.1

Le 1^{er} janvier 2011 a marqué la date d'entrée en vigueur du Code de procédure civile suisse (CPC, RS 272). A teneur de l'art. 404 CPC, intitulé "application de l'ancien droit", "les procédures en cours à l'entrée en vigueur de la présente loi sont réglées par l'ancien droit de procédure jusqu'à la clôture de l'instance". La disposition emploie implicitement le critère de la litispendance (Frei/Willisegger , in: Spühler/Tenchio/Infanger, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 2010, N. 7 ad art. 404 CPC).

E. 1.2

En l'espèce, l'instance d'appel de la Juridiction des prud'hommes (à présent: Chambre des prud'hommes) a été saisie le 24 août 2010. La procédure était donc pendante devant l'instance d'appel à partir de cette date-là. Il s'ensuit que la présente cause reste régie, pour ce qui est de la procédure, et notamment de la forme et du délai d'appel, par la loi cantonale genevoise sur la juridiction des prud'hommes (LJP), et par renvoi de l'art. 11 aLJP, la loi sur la procédure civile genevoise (LPC).

E. 1.3

A teneur de l'art. 59 LJP, l'appel doit être déposé dans les 30 jours qui suivent la notification (i. e. la réception) de la décision du Tribunal. Il est formé par une écriture motivée déposée au Greffe, ou adressée à celui-ci par lettre recommandée.

E. 1.4

En l'espèce, les deux parties ont déposé leurs mémoires appel respectifs à l'Office postal, adressés au Greffe, dans le délai légal. Par conséquent, ils sont tous deux recevables.

E. 1.5

Pas de conclusions nouvelles en appel, sauf faits nouveaux; c'est un principe général de la procédure civile (cf. art. 317 CPC).

E. 1.5.1

. En l'espèce, la demanderesse a porté les conclusions prises devant la première instance – Fr. 90'057.15 – en appel à Fr. 93'170.-. Le poste qu'elle a augmenté a trait à l'indemnité vacances; elle l'a portée de Fr. 1'908.15 à Fr. 5'012.90. Cette modification de la demande, faite en appel, est irrecevable.

E. 1.5.2

L'Etat défendeur de son côté a conclu (à titre éventuel), à ce que la demande fût déclarée "irrecevable pour ne pas avoir été déposée à temps devant la juridiction de B _____ compétente". Il s'agit-là, dans une formulation implicite, d'une exception d'incompétence territoriale (internationale) et qui est formulée, pour la première fois, en appel.

E. 1.5.3

Or, les exceptions de procédure ayant trait à la compétence *ratione loci* (örtliche / internationale Zuständigkeit) et/ou au pouvoir juridictionnel (Gerichtsbarkeit / immunité de juridiction)) du tribunal doivent être soulevées *in limine litis*, sous peine de déchéance. La partie qui soulève d'autres exceptions, voire procède sans réserve au fond, est censé avoir accepté le for, respectivement le pouvoir juridictionnel du juge saisi par sa partie adverse (Gerichtsstand der Einlassung).

E. 1.5.4

La question de la recevabilité de l'exception d'incompétence *ratione loci* formulée pour la première fois en appel peut toutefois restée indécise, dès lors que, depuis le 1^{er} janvier 2011, elle semble devoir être examinée d'office par le juge (cf. art. 59 al. 2 let. b et art. 60 CPC). 2.1. Lorsque le juge est appelé à examiner une question de recevabilité ("Prozessvoraussetzung"), il peut trancher le point séparément du fond par un jugement incident ("Zwischenentscheid"). Il s'agit d'un principe général de procédure, codifié à présent à l'art. art. 237 CPC.. 2.2. Un jugement incident se justifie en particulier lorsque le point à trancher concerne la compétence territoriale (cf. ATF 102 Ia 188 cons. 3 b), la compétence matérielle du tribunal ou porte sur une exception d'immunité de juridiction (Arrêt du Tribunal fédéral [ATF] 124 III 382 cons.3 b = JdT 2000 I 141; publié sur www.bger.ch). 2.3. Il ne serait en effet guère compatible avec le principe même de l'immunité que de forcer un Etat étranger à procéder sur le fond alors qu'il entend, en invoquant sa souveraineté, se soustraire à toute juridiction de l'Etat du for (cf. ATF 124 III 382 cons. 3 b); telle est aussi la pratique à l'étranger (cf. France, Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, arrêt No. 249 du 9. 3. 2001 [No. 10-10.044] re *Veuve F [du peintre chilien H] c/ République du Chili*, publié sur www.courdecassation.fr; Allemagne: LAG München [Landesarbeitsgericht], arrêt du 27. 11. 2009 Az 3Sa 572/09 re *X [Kanzleileiterin im Generalkonsulat] vs. Republik Chile*). Enfin, cette façon de faire se justifie également par souci d'économie de procédure. 2.5. En l'occurrence, la Cour examinera d'abord sa compétence internationale (= territoriale), sa compétence matérielle, puis l'exception d'immunité de juridiction. L'immunité de juridiction - une exception de fin de non recevoir dont se prévaut un Etat étranger - suppose la compétence territoriale du for saisi; par ailleurs, cette exception ne saurait être examinée que par le juge qui, normalement, serait matériellement compétent pour connaître du fond du litige. 3.1. La compétence internationale (internationale Zuständigkeit) des autorités judiciaires suisses est régie par la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP, RS 291; publiée aussi sur www.admin.ch/législation). L'art. 1 al. 3 LDIP réserve les traités internationaux, par quoi il faut entendre le droit international, y compris le droit international coutumier. 3.2. Le présent litige concerne un contrat de travail international au sens de l'art. 115 LDIP. En effet, il présente des éléments d'extranéité. Le contrat de la demanderesse la liait à l'Etat défendeur, non pas à son Ambassadeur, et encore moins à sa Mission permanente, laquelle, d'ailleurs, n'aurait pas la personnalité juridique. L'Etat employeur est "domicilié" à l'étranger; il est réputé avoir son "siège social" auprès de son Gouvernement, en sa capitale

D_____. Le travail de la demanderesse a été accompli à Genève. 3.2.1. A noter que la Cour de cassation française considère qu'un contrat de travail conclu par Etat accréditant avec une personne, fût-elle recrutée dans sa capitale, pour un emploi à son Ambassade en France ne revêt pas un caractère international – dès lors que ce contrat a été entièrement exécuté en France – et que l'intéressée recevait ses instructions de l'Ambassade et non pas de l'étranger (Cass. soc. 29. 9. 2010, pourvoi No. 09-40688, X [secrétaire marocaine vs. Royaume d Maroc] in: www.legifrance.gouv.fr). 3.3. Le contrat de travail du 1^{er} octobre 2005 ne contient pas de clause d'élection de for en faveur d'une juridiction de B_____. 3.4. Partant de là, la juridiction des Prud'hommes de Genève est internationalement compétente pour connaître du présent litige. 3.5. L'on ajoutera encore qu'à teneur de l'art. 423 du Código de trabajo (version consolidée par le Decreto _____) – texte auquel se réfère l'Etat défendeur pour ce qui est du droit applicable – précise: "Será Juez competente para conocer de estas causas el del domicilio del demandado o el del lugar donde se presten o se hayan prestado los servicios, à elección del demandante, sin perjuicio de lo que dispongan leyes especiales" (trad. fr: Le juge compétent pour connaître des présents litiges est celui du domicile du défendeur ou celui du lieu du travail, au choix du demandeur, sous réserve de ce que prévoient des lois spéciales). 4.1. Le juge examine sa compétence *ratione materiae* d'office. 4.2. A teneur de l'art. 1 al 1 let. a de la loi sur la Juridiction des prud'hommes (LJP RS/GE/E 3 10), en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010, la Juridiction des prud'hommes est compétente à raison de la matière pour connaître des contestations entre employeurs et salariés pour tout ce qui concerne leurs rapports découlant d'un contrat de travail au sens de l'art. 319 CO. Elle a la compétence de statuer sur sa compétence (*Kompetenz-Kompetenz*). 4.2.1 . A teneur de l'art. 1 al. al. 2 let. c LJP, "ne sont pas du ressort de la juridiction des prud'hommes les contestations découlant de rapports de travail public". Il s'agit de litiges de service relevant la fonction publique suisse (Confédération, cantons, commune, établissements publics), étrangère (Etat étranger) ou internationale (Organisation Internationale), à moins que, en vertu d'une loi d'habilitation, l'Etat ou la corporation publique ait conclu le contrat de travail *more privato*, par recours au droit privé du travail. 4.2.2. Dans les litiges prud'homaux genevois (antérieurs ou pendantes au 31. 12. 2010), la qualification des rapports contractuels s'effectue certes à la lumière de l'art. 319 CO – norme de droit fédéral – mais elle s'insère, par conséquent, dans la question d'application d'une norme de droit cantonal (ATF 128 III 76 cons. 1 a p. 80; ATF 4A_ 329/2008 du 11. 11. 2008 cons. 1). Le Tribunal fédéral n'exerce son contrôle dans ce cas que limité à l'arbitraire dans l'application du droit cantonal (art. 9 Cst. féd.). 4.3. Dans l'exécution de ses tâches, l'Etat peut se servir, si la loi l'y autorise, de techniques de droit privé. Il peut, en particulier, lorsque la situation le justifie, recruter du personnel par le biais de contrat de travail (droit privé), c'est-à-dire employer du personnel qui, *stricto sensu*, ne relève pas de la fonction publique (personnel de carrière) , qui n'est pas nommé , ne bénéficie pas d'un statut et d'une protection particulière contre le licenciement (Hänni , *Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz*, Zurich, 2008, 2 e éd., p. 41 ss; Vischer , *Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse bei staatlichen Organisationen*, Bâle, 1989, p. 9 ss; ATF 128 III 250 cons. 2a; 118 II 213 cons. 3; TF 2A.12/2004 du 22. 4. 2005 cons. 2; TF 2P.18/2006 du 19. 5. 2006 cons.2.3); France: Cabanel/Gourdon : *Fonction publique. Les contractuels*, Paris, 1991, p. 23 ss; Audit , "Les contrats de travail conclu par l'Administration à l'étranger" in: *RCDIP* 2002 p. 39 ss). 4.3.1. Ainsi, en Suisse, l'art. 1 al. 2 let. b de l'Ordonnance sur le personnel de la Confédération (OPers, RS 172.220.111.3) exempte de son champ d'application le personnel régi par le code des obligations (CO) et également "le personnel du DFAE employé à

l'étranger sur la base d'un contrat de droit privé non transférable ". L'allusion vise le personnel local des Représentation diplomatiques et consulaires suisses à l'étranger. 4.3.2. L'Etat défendeur fait partie, à l'instar de la Suisse ou de la France, des pays de droit civil pratiquant la différence entre droit privé/droit administratif. Les ressources humaines de son secteur public sont en principe recrutées et régies en application de son Estatuto Administrativo _____, et, plus particulièrement, les fonctionnaires du Ministère des Relations extérieures par le Estatuto del personal del Ministerio de Relaciones Exteriores (Decreto _____) et les travailleurs du secteur privé par le Código del trabajo (art. 1 al. 1; version consolidée par le Decreto _____). 4.3.3. Le Estatuto del personal del Ministerio de Relaciones Exteriores ne prévoit que l'emploi de personnel de carrière. En font partie non seulement les Ambassadeurs, les autres diplomates et le personnel administratif et technique, mais également le personnel de service – appelés "auxiliares" – soit: chauffeurs, majordomes, cuisiniers) (art. 63). Le texte renvoie, pour les points non réglés, à l' Estatuto Administrativo (art. 1 al. 1). Le Statut du personnel du MAE de B_____ a son équivalent, en Suisse, à l'Ordonnance du DFAE concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (O-OPers-DFAE, RS 172.220.111.343.3). 4.3.4 . Or, l' Estatuto Administrativo confère explicitement le droit à l'Etat d'engager, dans certains secteurs, et pour une durée "temporaire", du personnel subalterne par contrat de droit privé (cf. art. 3 let. c). 4.4. Dans une situation présentant des éléments d'extranéité comme en l'espèce, la qualification de la nature privée ou publique des rapports de travail s'effectue lege fori, et par le juge saisi. 4.4.1 . Elle s'opère, lorsqu'un départage public/privé pose problème, en fonction de la nature et de l'objet direct de l'activité assignée à l'employé (cf. CEDH, 8. 12. 1999, § 64, Pellegrin c/ France, in: Clunet /J.D.I 2000 p. 140) – non tant selon l'intitulé du "contrat", et non pas en fonction du type de mission d'intérêt public assigné à l'Etat ou à son émanation. Des tâches iure imperii (hoheitliches Handeln) confiées à l'employé appellent une qualification d'emploi de droit public ; des tâches subalternes, de simple gestion (iure gestionis) justifient en principe une qualification de contrat de droit privé (cf. Cour const. JU, 27. 8. 1999 in: SARB 2001 p. 1285 ss; TA NE RJN 1997 214; ATF BJM 1986 p. 340; VerwGer ZG ZGGVP 1983-84 123) 4.4.2. S'agissant de personnel subalterne d'une Représentation diplomatique, permanente ou consulaire établie en Suisse, respectivement du personnel attaché au Chef de poste, il convient de tenir compte de l'appréciation de la situation faite par le DFAE (à Genève: Mission à Berne: Service du protocole). Cette appréciation se reflète dans le type de carte de légitimation délivrée à ce membre du personnel. 4.4.3. La pratique constante du DFAE depuis 1998 – codifiée à présent dans des textes légaux – en la matière est la suivante; elle distingue a) personnel de service, b) personnel local, et c) personnel domestique: (cf. art. 3 Ordonnance sur les domestiques privés, ODPr; RS 142.20; art. 5 Ordonnance sur l'Etat hôte, OLEH, RS 192.121; cf. Détermination de la Direction du Droit international public du DFAE du 16. 5. 2006 in: SZIER/RSDIE (Swiss Review of International and European Law), 5/2007 p. 794): Personnel de service : selon l'art. 1 let. g de la Convention de Vienne du 18 avril sur les relations diplomatique (CVRD, RS 0.191.01) et l'art. 1 let. f de la Convention de Vienne sur les relations consulaires (CVRC, RS 0.191.02), l'expression "membre du personnel de service" s'entend des membres du personnel de la Représentation, affectées au service domestique de la Représentation (Chancellerie ou Résidence privé du Chef de Mission ou Chef de poste). Il s'agit donc de personnes qui, bien que s'occupant de tâches domestiques, sont des employés de carrière de l'Etat accréditant ou de l'Etat d'envoi, en principe au bénéfice d'un passeport officiel ou d'un passeport de service et transférables . Ces personnes

bénéficient d'une carte de légitimation DFAE "E" (Ambassade ou Mission permanente) et K violette (Consulat). Les relations de travail du personnel transférable de carrière sont réputées régies par le droit public étranger. Les contestations découlant de ces rapports de service ne sont pas du ressort matériel des tribunaux suisses. Personnel local : selon l'art. 5 de l'Ordonnance sur l'Etat hôte on entend par membres du personnel local les personnes qui sont engagées par un Etat pour accomplir des fonctions officielles au sens de la CVRD et de la CVRC, mais qui ne font pas partie du personnel transférable (i. e. de carrière) de l'Etat accréditant ou de l'Etat d'envoi. Ces personnes peuvent être des ressortissants de l'Etat accréditant ou de l'Etat d'envoi ou des ressortissants d'un autre Etat. Elles accomplissent généralement des fonctions attribuées au personnel de service au sens des conventions précitées (tâches domestiques), mais peuvent également se voir confier d'autres fonctions prévues par lesdites conventions (administratives par exemple). Ces personnes bénéficient également d'une carte de légitimation DFAE "E" (Ambassade et Mission permanente) et K violette (Consulat). Domestiques privés Est domestique privé (cf. art. 1 let. h CVRD; art. 1 let. i CVRC) la personne employée au service privé (i. e. au domicile) d'un membre officiel d'une Représentation diplomatique ou consulaire. C'est ce membre de la Représentation qui est employeur du domestique, non pas l'Etat accréditant ou l'Etat d'envoi. Le domestique privé reçoit une carte de légitimation DFAE "F". Toutefois, le domestique privé à la Résidence du Chef de Mission ou du Chef de poste (Ambassadeur, Consul Général) reçoit une carte de légitimation DFAE "E"; en effet, ces personnes sont en règle générale employées par l'Etat accréditant/d'envoi et mises à disposition du Chef de poste; elles font partie, soit du personnel de service, soit du personnel local. 4.4.3.1. A noter que la qualification qui est donnée (par le DFAE/Mission Suisse) au moment de l'engagement de personnel (personnel de service/personnel local/domestique privé) n'a pas d'effet obligatoire pour un tribunal. Même si le DFAE accepte la demande d'un Etat étranger d'engager une personne comme personnel de service, ceci ne constitue aucune garantie, en cas de litige, qu'un tribunal accepterait cette qualification sans examen des circonstances du cas particulier. Au surplus, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, le DFAE n'est pas en mesure d'intervenir auprès d'un tribunal saisi d'une demande d'un domestique privé ou d'un membre du personnel de service, sous réserve de la procédure de levée d'immunité de l'agent diplomatique, le cas échéant, voire de la confirmation du statut d'une personne partie à la procédure. Seule la partie défenderesse (Etat, agent diplomatique ou fonctionnaire consulaire) peut faire valoir auprès du tribunal ses arguments (immunité, incompétence [matérielle] du tribunal ou application d'un droit étranger (cf. Détermination DFAE/DDIP du 16. 5. 2006 in: SZIER/RSDIE, 5/2007 p. 797 sous "Nota bene"). 4.5. En l'espèce, la demanderesse, bien que ressortissante de l'Etat défendeur, et bien qu'elle fût recrutée à B _____, ne faisait pas partie du personnel de carrière du Ministère des Relations extérieures de l'Etat défendeur. Elle avait été engagée *more iure privato*, par le biais d'un contrat de travail relevant du droit privé. Par conséquent et vu ce qui précède, elle faisait partie du personnel local au sens des arts. 5 et art. 18 al. 3 OLEH. Il s'ensuit en outre que la Juridiction des prud'hommes de Genève est matériellement compétente pour connaître du présent litige; la contestation écoule d'un contrat de travail privé (art. 319 CO) tel que visé à l'art. 1 al. 1 LJP. 5.1. L'Etat défendeur excipe de son immunité de juridiction. 5.1.1. La question de l'immunité doit être examinée par le juge à titre préjudiciel par rapport au fond du litige; elle donnera lieu à une "jugement sur déclinatoire", qui jouira de l'autorité de la chose jugée, en ce sens qu'il tranchera définitivement, entre les parties à l'instance, la question de la juridiction sur un objet donné. Ce jugement sera final, s'il met fin à l'instance

en mettant l'Etat défendeur au bénéfice de l'immunité de juridiction. A défaut, il s'agira d'un jugement sur incident (cf. Candrian, *L'immunité des Etats face aux Droits de l'Homme et à la protection des biens culturels*, Zurich, 2005, p. 396; cf. également ATF 124 III 382 cons. 3 b).

5.1.2. La matière est à présent régie par la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelle des Etats et de leurs biens du 2 décembre 2004 (CNUJE; texte français in: *Semaine Judiciaire (SJ) 2006*, p. 123). La Suisse a ratifié la CNUJE le 16 avril 2010 (cf. ATF 4A_54/2009 cons. 5. 5. du 8. 6. 2010 in: *SJ 2010* p. 556); le Conseil fédéral considère que cette convention codifie le droit international coutumier en la matière (cf. Message du Conseil fédéral concernant l'approbation et la mise en œuvre de la CNUJE du 25. 2. 2009 in: *Feuille Fédérale [FF] 2009* p. 1443 ss).

5.1.3. A noter qu'il n'y a pas eu d'objections particulières de la part des Etats à élaboration de l'art. 11 (= contrats de travail) du projet de la Commission du Droit International CDI), en tout cas de la part de l'Etat défendeur (cf. Observations de B_____ du _____ in: *Annuaire de la Commission du droit international [ACDI] _____*).

5.1.4. A ce jour, la CNUJE a été signée par 30 Etats dont la France, le Royaume-Uni, la Russie, l'Inde, l'Iran, l'Arabie Saoudite, le Japon, la Belgique, le Mexique et le Maroc. Le nombre de 30 ratifications requises pour son entrée en vigueur (art. 30) n'a pas encore été atteint (www.treaties.un.org/doc).

5.1.5. Dans une affaire récente, impliquant une secrétaire administrative à l'Ambassade de Pologne à Vilnius, ressortissante lituanienne, recrutée sur place, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), siégeant en Grande Chambre, a estimé, elle-aussi, que la CNUJE, et en particulier son art. 11, consacré au contrat de travail, codifiait, vu les travaux préparatoires approfondis de la Commission du droit international des Nations Unies (1979 – 2004; cf. le *Projet CDI* in: *ACDI 1991 Volume. II, Deuxième Partie*), le droit international public coutumier actuel en la matière (*Aff. Cudak [secrétaire d'ambassade, recrutée locale par la Pologne] c/ Lituanie*, Requête No. 15869/02, arrêt du 23. 3. 2010, § 66 – 67; version française in: www.cmiskp.echr.coe.int; version anglaise: in 51 *European Human Rights Reports [E.H.R.R.] 2010* No. 15, p. 418 ss). La Cour européenne a confirmé cette jurisprudence dans une affaire plus récente encore (cf. *Guadagno [employée italienne à l'Ecole française de Rome] c/ Italie et France*, Requête No. 2555/03, arrêt du 18. 1. 2011, § 70). Il convient de se rallier à cette opinion qui émane de la juridiction suprême des pays membres du Conseil de l'Europe, dont la Suisse.

5.1.6. De même, le Hoge Raad (Cour suprême) des Pays-Bas a considéré, lui-aussi, dans une cause X [secrétaire administrative, de nationalité marocaine, à l'Ambassade] vs. Koninkrijk Marokko que la CNUJE, et en particulier son art. 11, reflète le droit international coutumier (Arrêt No. 08/02855 du 5. 2. 2010 in: www.rechtspraak.nl/HogeRad).

5.2. Le bien-fondé de l'exception d'immunité de juridiction soulevée par l'Etat appelant s'examine donc à la lumière de l'art. 11 CNUJE, qui – on l'a vu – codifie le droit international public en la matière.

5.2.1. L'art 11 CNUJE, intitulé "Contrats de travail" a la teneur suivante (cf. *SJ 2006 I* p. 128):

Al. 1. A moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement, un Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant à un contrat de travail entre l'Etat et une personne physique pour un travail accompli ou devant être accompli, en totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre Etat.

Al. 2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas: Si l'employé a été engagé pour s'acquitter de fonctions particulières dans l'exercice de la puissance publique; Si l'employé est: Agent diplomatique, tel que défini dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961; Fonctionnaire consulaire, tel que défini dans la Convention de Vienne sur les relations consulaire des 1963; Membre du personnel diplomatique d'une Mission

permanente auprès d'une Organisation internationale, ou d'une Mission spéciale, ou s'il est engagé pour représenter un Etat lors d'une conférence internationale; ou S'il s'agit de toute autre personne jouissant de l'immunité diplomatique; Si l'action a pour objet l'engagement, le renouvellement de l'engagement ou la réintégration d'un candidat; Si l'action a pour objet le licenciement ou la résiliation du contrat d'un employé et si, de l'avis du Chef de l'Etat, du chef du gouvernement ou du Ministre des affaires étrangères de l'Etat employeur, cette action risque d'interférer avec les intérêts de l'Etat en matière de sécurité; Si l'employé est ressortissant de l'Etat employeur au moment où l'action est engagée, à moins qu'il n'ait sa résidence permanente dans l'Etat du for; ou Si l'employé et l'Etat employeur en sont convenus autrement par écrit, sous réserve de considérations d'ordre public conférant aux tribunaux de l'Etat du for juridiction exclusive en raison de l'objet de l'action". 5.2.2. Les travaux de la Commission du droit international étaient largement inspirés par la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, notamment, en matière de contrats de travail.

5.2.2.1. Pour le Tribunal fédéral, dans une jurisprudence constante depuis 1984, le critère déterminant pour la question de l'immunité de l'Etat employeur est celui de la nature de l'activité déployée par l'employé local au sein de la Représentation diplomatique ou du Poste consulaire; est important aussi le fait que l'employé ait été recruté sur place, autrement dit, qu'il ne fasse pas partie du personnel de carrière (ATF 110 255 Calopristi c. Etat indien, reproduit en anglais in: 82 International Law Reports [ILR] 13 ; 120 II 400 M. c/ Egypte; 120 II 408 , R. c/ Irak ; ATF 4P.227/2001 du 22. 11. 2001, R. c. Nicaragua). Si l'employé a déployé au sein de la Représentation diplomatique ou du Poste consulaire une activité étroitement liée à l'exercice de la puissance publique de l'Etat employeur, il y a lieu d'accorder à ce dernier l'immunité de juridiction; si l'employé n'a effectué que des tâches subalternes – c'est-à-dire des tâches d'exécution, et non de conception – l'exception tirée de l'immunité de juridiction sera rejetée (cf. ATF 134 III 570 cons. 2.2; Vischer , "Arbeitsverhältnis eines Botschaftsangestellten", ASDI 1986 p. 242; Gloor , Immunité de juridiction et contrat de travail, in: ARV/DTA 2009 p. 24). 5.2.2.2. Peu importe également, en principe du moins, la nationalité de l'employé: celui-ci peut être tiers national ou ressortissant de l'Etat employeur. S'il a été recruté sur place, ou n'a pas été membre du personnel de carrière, et s'il n'a accompli que des tâches subalternes, même l'employé ressortissant de l'Etat défendeur, à tout le moins s'il est résident permanent en Suisse au moment de l'action, pourra, avec succès, saisir les tribunaux de l'Etat du for (ATF 120 II 400 M. c/ Egypte ; ATF 4C.73/1996 du 16. 5. 1997, A c. Venezuela = JAR 1998 p. 298; ATF 4C.338/2002 du 17. 1. 2003 X c. Portugal = ARV/DTA 2003 p. 92). Dans certains cas, la nationalité identique entre les plaideurs suffit à elle seule, – l'employé local fût-il domicilié en Suisse – pour justifier le maintien de l'immunité de juridiction (cf. ATF 134 III 570 cons. 2.2 et 3.1, K. ["diplomate de fait"] c. Congo-Brazzaville). 5.2.2.3. Ce n'est pas non plus le but de l'activité qui doit être pris en considération. En effet, toute activité déployée dans le cadre d'une Représentation diplomatique ou consulaire, fût-elle la plus modeste, concourt, en définitive, à l'accomplissement des buts souverains poursuivis par l'Etat accréditant/Etat d'envoi (cf. ATF 124 III 382 cons. 4a). 5.2.2.4. Il convient de même de faire abstraction, dans certains cas, de la nature juridique (droit public/ droit privé) alléguée des rapports de travail (ATF 124 III 382 cons. 4a); en effet, il est fréquent que l'Etat employeur conteste la juridiction de l'Etat du for au motif que le demandeur – bien que recruté sur place, national de l'Etat du for ou tiers national – serait son fonctionnaire , il aurait été, dans l'Etat du for, nommé à son poste en vertu de son droit administratif. Or, ce moyen est sans pertinence. Le *ius imperii* d'un Etat consistant à nommer, parmi ses sujets,

des fonctionnaires, s'arrête à ses frontières. S'il engage de la main-d'œuvre à l'étranger, il le fait par définition *iure privato* (ATF 124 III 382 cons. 4a; CAPH GE JAR 2003 p. 468, M c/ Koweït ; Fox , *The Law of State Immunity*, Oxford, 2002, p. 306). 5.2.2.5. En outre, ne sont des critères décisifs, ni le titre conféré à l'employé, ni la désignation de la fonction qu'il a exercée (ATF 134 III 570 cons. 2. 2). 5.2.2.6 . Enfin, l'absence de statut diplomatique (ou consulaire) de l'employé local, autrement dit, le seul fait que l'intéressé ne fasse pas partie du personnel officiel de la Représentation diplomatique ou consulaire, n'exclut pas qu'il occupe, de facto , des fonctions supérieures (cf. ATF 134 III 570 K c. Congo-Brazzaville).

5.2.3. La qualification *iure imperii/ iure gestionis* de l'acte ou de l'activité considérés ou la qualification de la nature juridique des rapports de service litigieux intervient *lege fori* (pro multis: Kren Kostkiewicz, *Staatenimmunität im Erkenntnis – und im Vollstreckungsverfahren nach schweizerischem Recht*, Berne, 1998, p. 320; Pingel-Lenuzza , *Les immunités des Etats en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 1998 p. 279). 5.2.3.1. D'une façon générale, lorsqu'un membre du personnel local exerce une des fonctions énoncées à l'art. 3 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatique de 1961 (CVRD, RS 0.191.01), respectivement à l'art. 5 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 (CVRC, RS 0.191.02), il accomplit par définition des actes de souveraineté. 5.2.4. Les principes dégagés par la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'immunité de juridiction et contrat de travail (et que l'on retrouve à l'art. 11 CNUJIE), sont partagés par la pratique de nos Etats voisins: le critère central retenu dans la jurisprudence de leurs Cours suprêmes est également celui de la nature de l'activité déployée par l'employé (Majer , "Staatenimmunität bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten zwischen ausländischen Staaten und deren Mitarbeitern" in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht [NZA]* 24/2010 p. 1395; Pavoni , "La jurisprudence italienne sur l'immunité des Etats dans les différends en matière de travail", in: *AFDI* 2007 p. 211; Bolewski , *Diplomatische Vertretungen und Arbeitsrecht*, in: *Archiv des Völkerrechts* , 2005 p. 345; Köhler , "L'immunité des Etats à l'égard des contrats de travail, in: Hafner/Kohen/Breau (éd), *State Practice Regarding State Immunities*, Leiden/Boston, Nijhoff/ IUHEI Genève/Conseil de l'Europe, 2006, p. 69; Pingel , "Immunité de juridiction et contrat de travail, in: *Clunet /JDI* 2003 p. 1115; De Gouttes , [Premier avocat général], "L'évolution de l'immunité de juridiction des Etats étrangers" in: *Cour de cassation, Rapport annuel 2003/ Etudes diverses*, in: www.courdecassation.fr; Garnett , *State Immunity in Employment Matters*, *ICLQ* , 1997 p. 81; Fox , *Employment Contrats as an Exception to State Immunity*" in: *BYBIL* 1995 p. 97; Seidl-Hohenveldern , *Staatenimmunität gegenüber Dienstnehmerklagen von Botschaftspersonal*, in: *Iprax* 1993 p. 190; Sbolci , *Controversie di lavoro con Stati stranieri et diritto internazionale*, Milano, 1987). 5.2.5. L'art. 11 al. 2 CNUJIE a pour effet accessoire de faire défense à l'Etat du for de s'ingérer dans la politique du personnel de l'Etat accréditant/Etat d'envoi dans sa Représentation diplomatique ou consulaire. Du reste, cet impératif d'abstention – connu sous l'adage *ne impediatur legatio* – est implicitement consacré aux arts. 7 et 22 CVRD, et aux arts. 19 et 28 CVRC. 5.2.6. L'art. 11 al. 2 let. e CNUJIE dispose que l'immunité de juridiction doit être maintenue "si l'employé est ressortissant de l'Etat employeur au moment où l'action est engagée, à moins qu'il n'ait sa résidence permanente dans l'Etat du for". 5.2.6.1. En l'espèce, la demanderesse est certes ressortissante de l'Etat employeur; mais elle ne faisait pas partie du personnel de carrière de son Ministère des Relations Extérieures; elle n'était ni diplomate et ne jouissait pas de l'immunité diplomatique; elle avait été engagé sur la base d'un contrat de travail relevant du droit privé; ce contrat, de surcroît, avait été formalisé à Genève. Enfin, et

surtout, la demanderesse ne devait pas s'acquitter de fonctions particulières dans l'exercice de la puissance publique de l'Etat défendeur. 5.2.6.2. La demanderesse déployait, à la Résidence privée de l'Ambassadeur, une activité classique d'employée de maison: tâches ménagères, cuisine, service de table, blanchissage etc. Le fait qu'elle ait pu entendre des conversations sensibles ne lui enlève pas son statut de simple domestique; elle était soumise au secret de fonction et y reste liée; le juge de l'Etat hôte n'a pas compétence pour l'en délier (art. 37 al. 3 CVRD). Enfin, il n'a pas été allégué ni prouvé qu'elle faisait partie du Deuxième Bureau (= Intelligence Service de B_____), chargée de surveiller l'Ambassadeur et de rapporter sur ses faits et gestes: si tel avait été le cas, son activité réelle aurait dû être prise en compte. 5.2.7. Reste la question de la "résidence permanente" dans l'Etat du for au moment du dépôt de l'action, exception dans l'exception visée à l'art. 11 al. 2 let. e CNUJE. 5.2.7.1. Dans un arrêt du Tribunal fédéral des assurances (ATFA) du 19 décembre 1994 M. (ex-chauffeur espagnol de la Mission permanente de Côte-d'Ivoire) c/ Caisse cantonale genevoise de compensation (ATF 120 V 405 = SZIER/RSDIE 1996 625) avait écarté une demande d'affiliation rétroactive – en tant qu'employé dont l'employeur est dispensé de payer des cotisations sociales – du chauffeur espagnol au motif qu'au moment des faits il était au bénéfice d'une carte de légitimation DFAE "E", et, n'avait, de ce fait, à la différence des ressortissants suisses ou titulaires d'un permis "B" ou "C" pas de "résidence permanente" en Suisse, et par conséquent, n'était pas assujéti à la sécurité sociale suisse. 5.2.7.2. Or, il n'existe pas de définition, ne droit international public, de la notion "résidence permanente" ou "résidence habituelle". Les critères y afférents divergent d'un pays à l'autre, voire d'une branche du droit à l'autre. La CNUJE, en particulier, ne définit pas cette notion (cf. Message du Conseil fédéral concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, FF 2009 p. 1460; Projet CDI, ACIDI, 1991, Volume II, Deuxième Partie, p. 45). Le Tribunal fédéral des assurances admet lui-même que la notion de "résidence permanente" au sens de la CVRD n'est définie nulle part (ATF 120 V 405, 410; cf. aussi, dans le même sens: Denza, *Diplomatic Law*, Oxford, 2008, 3rd ed, p. 418 ad art. 38 CVRD). 5.2.7.3. L'acception fort restrictive du terme par le Tribunal fédéral des assurances s'explique par les particularités du régime fiscal et de sécurité sociale suisse qui utilisent, comme critères de rattachement, la situation administrative (droit des étrangers, régime des cartes de légitimation DFAE) de la personne considérée. 5.2.7.4. En droit civil – et le droit du travail en fait partie – il convient de s'en tenir à la définition générale qu'en donne l'art. 23 du Code Civil. Le domicile (ou la résidence permanente) d'une personne physique est au lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir. Cette définition comporte deux critères cumulatifs: un critère objectif (résider), et un critère subjectif (la volonté de s'établir). 5.2.7.5. Pour savoir si une personne réside dans un lieu avec l'intention de s'y établir, il convient de s'en tenir aux éléments reconnaissables pour des tiers, éléments qui permettent de déduire qu'elle a cette intention (ATF 97 II 1 = JdT 1972 I 348). 5.2.7.6. Doctrine et jurisprudence suisses admettent, soit explicitement, soit implicitement, qu'un titulaire d'une carte de légitimation DFAE ait – du point de vue du droit civil – son domicile (ou sa résidence permanente) à l'endroit où il réside avec l'intention de s'y établir: il peut s'y marier et fonder une famille, y divorcer, succéder, acheter et vendre, agir et défendre en justice (cf. Dominici, "La détermination du domicile des fonctionnaires internationaux" in: Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, 3^{ème} Journée juridique, Genève, 1964, p. 101 ss; CAPH GE JAR 2003 468, M v. Koweït). 5.2.7.7. D'une façon générale, l'agent diplomatique – ainsi que les autres membres de la Mission diplomatique ou permanente –

sont, sans préjudice de leurs privilèges et immunités, concernés par les lois et règlements de l'Etat accréditaire/ Etat hôte (cf. art. 41 CVRD). Par conséquent, ils le sont également pour ce qui est de l'art. 23 CC (cf. Dominici, op. cit., p. 114). 5.2.7.8. L'idée d'inclure à l'art. 11 al. 1 CNUJE une condition supplémentaire pour la règle de la non-applicabilité de l'immunité, à savoir l'exigence de l'affiliation du demandeur à la sécurité sociale de l'Etat du for, avait été émise, puis – suite aux observations de plusieurs Etats, dont B_____ – abandonnée (cf. ACIDI, 1999, Volume II, Deuxième Partie, p. 44). 5.2.7.9. Enfin, dans toutes les affaires "immunités de juridiction et contrat de travail" qu'a connus le Tribunal fédéral à ce jour, et où l'immunité avait été refusée, l'employé, recruté sur place ou réputé membre du personnel local des Missions diplomatiques ou permanentes, ressortissant de l'Etat employeur ou tiers national, était titulaire d'une carte de légitimation "E", et, à ce titre, non affiliable à sécurité sociale suisse (cf. ATF 110 II 255 S (employé de bureau italien) c/ Inde; 120 II 400 M (chauffeur égyptien) c/ Egypte; 120 II 408 R (traducteur marocain) c/ Iraq; ATF 16. 5. 1997, A (domestique à la Résidence) c/ Venezuela, in: JAR 1998 p. 298; ATF 4C.338/2002 du 17. 1. 2003 X (employé de maison portugaise) c. Portugal = ARV/DTA 2003 p. 92). 5.2.7.10. En l'espèce, et vu ce qui précède, la demanderesse avait sa résidence permanente au moment de l'action en Suisse, à tout le moins du point de vue du droit civil suisse (art. 23 CC). Elle remplissait donc l'exception dans l'exception prévue à l'art. 11 al. 2 let. e CNUJE. 5.2.8. C'est par pure perte que l'Etat défendeur, dans son "avis de droit" produit en procédure, invoque encore, pour fonder son exception d'immunité de juridiction, la CVRD, l'Accord de siège Suisse – OMC– et la loi fédérale sur l'Etat hôte. Or, ces textes ne traitent pas de l'immunité de juridiction de l'Etat, mais des privilèges, immunités et facilités que l'Etat accréditaire/Etat hôte doit accorder aux Missions diplomatiques, à l'OMC, aux Missions permanentes accréditées auprès de l'ONU et des autres Organisations internationales en Suisse, et à leur personnel. 5.3. Par conséquent, l'immunité de juridiction soulevée par l'Etat défendeur sera rejetée et la décision du Tribunal, sur ce point, confirmée. 5.4. La question du droit applicable relève du fond et sera tranchée ultérieurement, une fois le présent arrêt entré en force. 5.5. Pour des raisons de clarté, et sans préjuger, le jugement entrepris sera annulé dans son intégralité.

E. 6

L'Etat défendeur succombant dans son exception d'immunité de juridiction; l'issue du litige au fond étant encore incertain, il y a lieu de mettre à sa charge la moitié de l'émolument d'appel global versé par la demanderesse, soit Fr. 440.— (Fr. 880.-- : 2) (cf. art. 78 al. 1 LJP).

E. 7

A teneur de l'art. 92 de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110), les décisions préjudicielles et incidentes qui sont notifiées séparément et qui portent sur la compétence (...) peuvent faire l'objet d'un recours immédiat.

E. 7.1

Ces décisions ne peuvent plus être attaquées ultérieurement. Il s'agit des décisions tranchant une question de la compétence internationale, locale ou matérielle, ainsi qu'une question de l'immunité de juridiction (ATF 124 III 382 cons. 2 a p. 385; Corboz, , in: Corboz/Würzburger/Ferrari/Frésard/Girardin, Commentaire de la LTF, Berne, 2009, N. 10 – 12 ad art. 92 LTF).

E. 7.2

La valeur litigieuse s'élève à Fr. 90'057.--. Elle est donc supérieure à Fr. 15'000.—(art. 74 al. 1 let. a LTF); le présent arrêt est ainsi susceptible d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral (art. 72 al. 1 LTF). Vu la valeur litigieuse, la procédure devant le Tribunal fédéral n'est pas gratuite (frais judiciaires, dépens; cf. arts. 62 – 68 LTF). PAR CES MOTIFS, La Chambre des Prud'hommes, groupe 5, A la forme: Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ contre le jugement TPRH/519/2009 , rendu le 17 juillet 2009, par le Tribunal des Prud'hommes, Groupe 5, dans la cause C/11638/2008 - 5; Déclare recevable l'appel interjeté par B_____ contre ce même jugement; Déclare irrecevable l'augmentation d'une conclusion pécuniaire prise en appel, rubrique "vacances", par A_____ ; Déclare irrecevable la conclusion éventuelle nouvelle prise en appel par B_____ à la page 28 de son mémoire du 24 août 2009 : " Déclarer irrecevable la demande pour ne pas avoir été déposée à temps devant la juridiction de B_____ compétente"; Au fond: Annule ce jugement et statuant à nouveau: Se déclare matériellement compétente pour connaître du présent litige; Rejette l'exception d'immunité de juridiction soulevée par B_____ ; Condamne B_____ à rembourser à la demanderesse la somme de Fr. 440.- à titre de participation à son émolument d'appel; Réserve le sort des émoluments versés par les parties pour le surplus; Réserve la question du droit applicable au fond; Charge le greffe de convoquer les parties, une fois le présent arrêt entré en force, à une nouvelle audience qui sera consacrée au fond du litige. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Le président La greffière Werner GLOOR Véronique BULUNDWE-LEVY

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