

GE_GERICHTE C/26259/2016 vom 29. Juli 2019

GE Cour de justice, 2019-07-29, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_26259_2016

FR: GE_GERICHTE C/26259/2016 du 29 juillet 2019

IT: GE_GERICHTE C/26259/2016 del 29 luglio 2019

Erwägungen

E. 1

er octobre 2016, à titre de salaire pour les mois de mai à décembre 2015, ainsi qu'en paiement de primes d'assurance-maladie et d'indemnités de vacances. Par courrier du 31 mai 2017 adressé au Tribunal, la REPUBLIQUE A_____ s'est prévaluée de son immunité de juridiction. Une audience de conciliation s'est tenue le 12 juin 2017, à laquelle C_____ s'est présenté en personne, accompagné de son conseil. Vu l'échec de la conciliation, l'autorisation de procéder lui a été délivrée le jour même. l. C_____ a porté sa demande devant le Tribunal le 16 octobre 2017. Il a conclu à ce que la REPUBLIQUE A_____ soit condamnée à lui verser la somme de 59'346 fr., avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} octobre 2016, à titre de salaire pour les mois d'avril à décembre 2015, somme à laquelle il convenait d'ajouter les primes d'assurance-maladie ainsi que le solde de vacances à payer jusqu'en décembre 2015. Il a allégué que son licenciement lui avait posé de "graves problèmes humains", dont une dépression qui avait nécessité une prise en charge médicale. Père de quatre enfants, dont un souffrant d'un grave handicap psychiatrique, il avait été contraint de solliciter l'assistance financière de l'Hospice général - qui venait de lui être supprimée - pour que sa famille puisse subsister. Ces difficultés avaient provoqué l'éclatement de son ménage et il était actuellement sans domicile. Son épouse avait accepté, malgré leur séparation, qu'il fasse élection de domicile chez elle, à la rue 1_____ [no.] _____ à Genève. m. Dans sa réponse du 31 janvier 2018, la REPUBLIQUE A_____ a conclu, préalablement, à ce qu'il soit confirmé qu'elle bénéficiait de l'immunité de juridiction et, partant, que le Tribunal était incompétent pour connaître du litige. Elle a ainsi conclu, à la forme, à l'irrecevabilité de la demande et, au fond, au déboutement de C_____ de toutes ses conclusions. La REPUBLIQUE A_____ a fait valoir que rien ne permettait de retenir que C_____ avait sa résidence en Suisse au moment du dépôt de son action en octobre 2016. Les éléments du dossier indiquaient au contraire que l'intéressé avait quitté la Suisse en 2015 déjà, puisqu'il avait engagé des démarches devant un Tribunal [à] B_____ et requis la levée de l'immunité de juridiction de l'ex-employeuse par l'intermédiaire de son conseil. S'agissant des prétentions de C_____ sur le fond, elle a exposé avoir licencié le précité car elle lui reprochait d'avoir exercé, en parallèle à son activité de cuisinier et sans autorisation, une activité de traiteur en utilisant les aliments destinés à la Mission permanente. C_____ avait d'ailleurs vraisemblablement poursuivi son activité de traiteur après son licenciement et durant la période d'incapacité de travail (contestée) couverte par les certificats médicaux produits. n. A l'audience de débats du Tribunal du 16 avril 2018, le nouveau conseil de C_____ a précisé que, faute d'interprète, il n'avait pas pu rencontrer son client. Il ignorait où il était domicilié et s'il vivait en Suisse. La REPUBLIQUE A_____ s'est à nouveau prévaluée de son immunité de juridiction. A l'issue de l'audience, le Tribunal a décidé de limiter la procédure à la question de l'immunité de juridiction soulevée par la REPUBLIQUE A_____. Il a imparti à C_____ un délai pour se déterminer à ce

sujet et pour indiquer quel était son lieu de résidence. Il a également fixé un délai pour répondre à la REPUBLIQUE A____ et réservé la suite de la procédure. o. Dans ses déterminations du 16 mai 2018, C____ a allégué qu'il avait exercé une activité subalterne pour la REPUBLIQUE A____, laquelle ne pouvait ainsi pas prétendre qu'il aurait bénéficié d'une immunité diplomatique. Il résidait à nouveau au domicile familial sis rue 1____ [no.] _____, après avoir été temporairement hébergé par des amis à Genève, pendant la crise conjugale passagère avec son épouse. Son fils aîné bénéficiait d'un suivi psychiatrique à Genève et était placé dans un centre éducatif à G____ (Valais). Ses trois autres enfants étaient scolarisés à Genève. C____ a produit une attestation de l'OCPM du 9 mai 2018, dont il ressort qu'il réside sur territoire genevois, qu'il est domicilié à la rue 1____ [no.] _____, [code postal] Genève, et qu'il a déposé une demande d'autorisation de séjour actuellement en cours d'examen. Il a également produit une déclaration écrite, datée du 14 mai 2018, aux termes de laquelle lui-même et son épouse, H____, confirmaient qu'ils s'étaient "mis d'accord ensemble avec [leur] pleine volonté et sans aucune contrainte" pour "annuler" la procédure de séparation initiée par celle-ci. p. Dans ses déterminations du 4 juillet 2018, la REPUBLIQUE A____ a indiqué n'avoir jamais prétendu que C____ aurait agi comme agent diplomatique ou comme toute autre personne jouissant de l'immunité diplomatique. Elle pouvait néanmoins, en application de l'art. 11 ch. 2 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens du 2 décembre 2004 (ci-après : CNUJIE) invoquer son immunité de juridiction du fait que C____ était un ressortissant A____ et qu'il n'avait pas de résidence permanente dans l'Etat du for au jour du dépôt de la demande. q. Le 19 juillet 2018, C____ a versé à la procédure l'attestation de l'OCPM du 19 novembre 2015 (cf. supra let. C.e). D'après lui, cela démontrait qu'il résidait de manière permanente sur le territoire genevois depuis le 31 août 2008 et que sa demande d'autorisation de séjour, déposée plus de trois ans plus tôt, restait à l'examen aujourd'hui encore. r. Par pli du 20 août 2018, la REPUBLIQUE A____ a précisé que la seule question que le Tribunal avait à trancher était celle de savoir si, au moment où l'action de C____ avait été engagée, celui-ci résidait de manière permanente en Suisse. Dans la mesure où il avait échoué à le démontrer, elle se prévalait valablement de son immunité de juridiction. s. Le 19 septembre 2018, le Tribunal a avisé les parties qu'il allait prochainement délibérer et qu'un délai au 24 septembre 2018 leur était imparti pour faire valoir un éventuel motif de récusation. D. Dans le jugement entrepris, le Tribunal a retenu que C____, employé en qualité de cuisinier, n'agissait pas en tant qu'agent représentant de la puissance publique de la REPUBLIQUE A____, mais exerçait une tâche subalterne. Il ne pouvait ainsi pas être qualifié de personne jouissant de l'immunité diplomatique au sens de l'art. 11 al. 2 let b/iv CNUJIE. Dans la mesure où elle se prévalait de son immunité de juridiction, c'est à la REPUBLIQUE A____ qu'incombait le fardeau de prouver que son ex-employé n'avait pas sa résidence permanente à Genève lors de l'introduction de son action le 31 octobre 2016. Le fait que C____ était venu en Suisse, loin de son pays d'origine, pour y prendre un emploi de durée non limitée, occupé durant près de sept ans, était suffisant pour admettre qu'il s'y était créé une résidence permanente au sens de la CNUJIE. L'intéressé avait produit deux attestations de l'OCPM datées des 19 novembre 2015 et 9 mai 2018 confirmant qu'il résidait à Genève depuis août 2008, indiquant la même adresse de la rue 1____ [no.] _____ et le fait qu'une demande d'autorisation de séjour était en cours d'examen. Le fait que le titre de séjour de C____ n'avait pas été renouvelé par le DFAE ou l'OCPM suite à la perte de son emploi ne suffisait pas à exclure qu'il ait continué à résider à Genève. Les neuf certificats

médicaux établis par un médecin exerçant à Genève avaient été remis en mains propres à l'intéressé entre le 5 mai 2015 et le 18 février 2016, ce qui démontrait qu'il était suivi médicalement à Genève pendant cette période. C_____ avait consulté son médecin notamment le 23 novembre 2015 et le 18 janvier 2016. Le dépôt de sa plainte devant les juridictions [de] B_____ en novembre 2015 et le jugement subséquent du 5 décembre 2015 ne démontraient donc pas que C_____ aurait déplacé son centre de vie en A_____ à cette époque. La REPUBLIQUE A_____ s'était d'ailleurs contredite sur ce point, en affirmant, d'une part, que son ex-employé avait quitté la Suisse dès 2015, une fois son titre de séjour échu, tout en lui reprochant, d'autre part, d'avoir exercé une activité de traiteur à Genève, pendant sa période d'incapacité de travail et postérieurement à la fin des rapports de travail. De son côté, C_____ avait toujours affirmé, sans se contredire, que lui et sa famille résidaient à Genève, où ses enfants étaient scolarisés et suivis médicalement, ce que la REPUBLIQUE A_____ ne contestait d'ailleurs pas. De surcroît, le 28 septembre 2016, soit quatre semaines avant le dépôt de sa requête de conciliation, C_____ avait eu un entretien avec une assistance sociale de l'Hospice général, tandis qu'il avait comparu en personne à l'audience de conciliation de juin 2017. La REPUBLIQUE A_____ avait ainsi échoué à apporter la preuve que son ex-employé n'avait plus sa résidence permanente à Genève au jour de la litispendance. EN DROIT 1.

1.1 L'appel est recevable contre les décisions finales et incidentes de première instance lorsque, dans les affaires patrimoniales, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. a et 2 CPC). Les décisions incidentes, soit les décisions non finales statuant sur une question qui, si elle était tranchée dans le sens opposé par la juridiction de seconde instance, mettrait fin à la procédure (art. 237 al. 1 CPC), doivent être contestées immédiatement (art. 237 al. 2 CPC), à l'instar d'une décision finale. Constituent en particulier des décisions incidentes, celles par lesquelles la juridiction de première instance admet la recevabilité de la demande et rejette les moyens soulevés contre celle-ci par le défendeur (Jeandin/Peyrot, Précis de procédure civile, 2015, § 755). Dans le cas d'un appel contre une décision incidente, la valeur litigieuse doit être déterminée sur la base des conclusions au fond dont est saisie l'instance précédente (Sterchi, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, 2012, n. 28 ad art. 308 CPC; Spühler, Basler Kommentar, 3 ème éd., 2017, n. 9 ad art. 308 CPC). L'appel, écrit et motivé, doit être introduit auprès de l'instance d'appel dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC).

E. 1.2

En tant qu'il a rejeté l'exception d'immunité de juridiction soulevée par l'appelante, le jugement attaqué est une décision incidente, susceptible de faire l'objet d'un appel devant la Cour, la valeur litigieuse étant supérieure à 10'000 fr. En l'occurrence, l'acte d'appel respecte la forme écrite, comporte une motivation et a été déposé dans le délai prévu par la loi. Il est donc recevable.

E. 1.3

Compte tenu de la valeur litigieuse, la cause est soumise à la procédure ordinaire (art. 219 ss CPC). Les maximes des débats (art. 55 al. 1 CPC) et de disposition (art. 58 al. 1 CPC) sont applicables.

E. 1.4

La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (art. 310 CPC). Elle contrôle librement l'appréciation des preuves effectuée par le juge de première instance et vérifie si celui-ci pouvait admettre les faits qu'il a retenus (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_238/2015 du 22 septembre 2015 consid. 2.2). Par ailleurs, elle applique le droit d'office (art. 57 CPC), sans être liée par les arguments de droit des parties, en particulier s'agissant de la recevabilité (art. 60 CPC), mais dans les limites des faits allégués et établis, dans la mesure où, comme indiqué, le litige est soumis à la maxime des débats.

2. L'appelante fait grief aux premiers juges d'avoir rejeté l'exception d'immunité de juridiction soulevée. Elle soutient bénéficier de l'immunité de juridiction en vertu de l'art. 11 al. 2 let. e CNUJÉ, au motif que l'intimé n'avait pas sa résidence permanente en Suisse au moment où il avait engagé son action. Elle reproche également au Tribunal d'avoir violé les règles sur le fardeau de la preuve découlant de l'art. 8 CC.

2.1.1 Selon une règle universelle du droit international public, la souveraineté de chaque Etat est limitée par l'immunité des autres Etats, notamment en matière de juridiction. En conséquence, un Etat ne peut, en principe, être appelé à rendre des comptes devant les tribunaux et les autorités nationaux d'un Etat étranger (arrêt du Tribunal fédéral 4A_386/2011 du 4 août 2011 consid. 3). Le Tribunal fédéral a développé une conception restrictive de l'immunité de juridiction des Etats (ATF 134 III 570 consid. 2.2; 120 II 408 ; 120 II 400 et les références citées). Le principe de l'immunité de juridiction n'est ainsi pas une règle absolue. L'Etat étranger n'en bénéficie que lorsqu'il agit en vertu de sa souveraineté (*jure imperii*). En revanche, il ne peut pas s'en prévaloir s'il a agi comme titulaire d'un droit privé ou au même titre qu'un particulier (*jure gestionis*). Dans ce cas, l'Etat étranger peut être assigné devant les tribunaux suisses, à condition toutefois que le rapport de droit privé auquel il est partie soit rattaché de manière suffisante au territoire suisse. Les actes accomplis *jure imperii* (ou actes de souveraineté) se distinguent des actes accomplis *jure gestionis* (ou actes de gestion) non par leur but, mais par leur nature intrinsèque. Il convient ainsi de déterminer, en recourant si nécessaire à des critères extérieurs à l'acte en cause, si celui-ci relève de la puissance publique ou s'il s'agit d'un rapport juridique qui pourrait, dans une forme identique ou similaire, être conclu entre deux particuliers (ATF 134 III 570 consid. 2.2; 124 III 382 consid. 4a; 120 II 400 consid. 4a et b).

2.1.2 En matière de contrat de travail, le fait que l'opération d'une mission diplomatique appartienne aux fonctions régaliennes d'un Etat ne suffit pas pour conclure que le recrutement de tout personnel à cette fin serait un acte de *jure imperii* (ATF 110 II 255 consid. 3b). Pour décider si le travail accompli par une personne qui est au service d'un Etat ressortit ou non à l'exercice de la puissance publique, il faut partir de l'activité en cause. En effet, à défaut de législation déterminant quelles fonctions permettent à l'Etat accréditant de se prévaloir, à l'égard de leurs titulaires, de son immunité, la désignation de la fonction exercée ne saurait être, à elle seule, un critère décisif. Selon les tâches qui lui sont confiées, tel employé apparaîtra comme un instrument de la puissance publique alors que tel autre, censé occuper un poste identique, devra être classé dans la catégorie des employés subalternes (ATF 134 III 570 consid. 2.2; 120 II 408 consid. 5b). Si l'Etat accréditant peut avoir un intérêt important à ce que les litiges qui l'opposent à des membres de l'une de ses ambassades exerçant des fonctions supérieures ne soient pas portés devant des tribunaux étrangers, les circonstances ne sont pas les mêmes lorsqu'il s'agit d'employés subalternes (ATF 134 III 570 consid. 2.2; 120 II 400 consid. 4a; 120 II 408 consid. 5b; 110 II 255 consid. 4). L'immunité de juridiction a ainsi été refusée, en raison d'une qualification d'emploi subalterne, pour des fonctions relevant essentiellement de la logistique, de

l'intendance et du soutien; il s'agit par exemple du poste d'employée de maison (ATF 134 III 570 consid. 2.2 et les arrêts cités), de chauffeur, de portier, de jardinier, de cuisinier (ATF 120 II 400 consid. 4b; arrêt du Tribunal fédéral 4A_331/2014 du 31 octobre 2014 consid. 3.4), de traducteur-interprète (ATF 120 II 408 consid. 5c), d'employé de bureau ayant dans un premier temps eu une activité de radio-télégraphe (ATF 110 II 255 consid. 4a) et de femme de ménage (arrêt du Tribunal fédéral 4C_338/2002 du 17 janvier 2003, consid. 4.2, publié in Revue de droit du travail et d'assurance-chômage [DTA] 2003 p. 92). Le caractère confidentiel marqué de l'activité de l'employé n'est pas un élément décisif pour qualifier cette activité, puisque bien des personnes travaillant au service d'un Etat sont amenées soit à accomplir des tâches confidentielles, soit à prendre connaissance de données ou informations de cette nature, bien qu'elles occupent des postes subalternes (ATF 120 II 408 consid. 5c).

2.1.3 La Suisse a ratifié la CNUJIE le 16 avril 2010. Cette convention n'est pas encore entrée en vigueur, faute de ratification par un nombre suffisant d'Etats. La REPUBLIQUE A_____ ne l'a ni signée, ni ratifiée. La CNUJIE codifie les règles du droit international coutumier. Dès lors que la Suisse l'a ratifiée, il est justifié de s'en inspirer lorsqu'il s'agit de rendre une décision fondée sur les règles générales du droit international public relatives à l'immunité de juridiction, même s'agissant d'Etats ne l'ayant ni signée, ni ratifiée (ATF 134 III 122 consid. 5.1; arrêts du Tribunal fédéral 4A_331/2014 du 31 octobre 2014 consid. 3.1; 4A_544/2011 du 30 novembre 2011 consid. 2.1; 4A_542/2011 du 30 novembre 2011 consid. 2.1; 4A_541/2009 du 8 juin 2010 consid. 5.5). Selon le Tribunal fédéral, puisque la CNUJIE codifie des principes reconnus par la Suisse, les juridictions prud'homales sont fondées à examiner le bien-fondé de l'exception d'immunité de juridiction à la lumière de son art. 11 (ATF 134 II 122 consid. 5.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_544/2011 du 30 novembre 2011 consid. 2.1). Sous le titre "Contrats de travail", l'art. 11 al. 1 CNUJIE dispose qu'à 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. Les Nations Unies ont ainsi posé un principe d'absence d'immunité de juridiction en matière de contestations liées à des contrats de travail, afin de limiter la portée de l'immunité dans ce domaine (arrêt du Tribunal fédéral 4A_542/2011 du 30 novembre 2011 consid. 2.2.2). L'art. 11 al. 2 CNUJIE prévoit les situations dans lesquelles l'al. 1 ne s'applique pas et dans lesquels l'Etat employeur peut donc invoquer son immunité. Il en va ainsi si l'employé a été engagé pour s'acquitter de fonctions particulières dans l'exercice de la puissance publique (art. 11 al. 2 let. a CNUJIE), notamment si l'employé est membre du personnel diplomatique d'une mission (art. 11 al. 2 let. b.iii CNUJIE), ou s'il s'agit de toute autre personne jouissant de l'immunité diplomatique (art. 11 al. 2 let. b/iv CNUJIE). La personne jouissant de l'immunité diplomatique au sens de l'art. 11 al. 2 let. b/iv CNUJIE est nécessairement une personne s'acquittant de fonctions particulières dans l'exercice de la puissance publique (*jure imperii*), ce qui exclut les personnes s'occupant uniquement de tâches domestiques ou subalternes (arrêts du Tribunal fédéral 4A_331/2014 du 31 octobre 2014 consid. 3.4 et 4A_544/2011 précité consid. 3.2). Un travailleur engagé en qualité de maître d'hôtel ou de cuisinier, qui est un employé subalterne, sans aucune influence décisionnelle sur l'activité spécifique d'une mission dans la représentation du pays ne saurait être qualifié de personne jouissant de l'immunité diplomatique au sens de l'art. 11 al. 2 let. b/iv CNUJIE (ATF 134 III 570 consid. 2.2; arrêts du Tribunal fédéral 4A_331/2014 précité consid. 3.4; 4A_544/2011 précité consid. 3.2).

4A_570/2013 du 4 juin 2014 consid. 4.4). Admettre l'inverse reviendrait d'ailleurs à étendre très fortement l'immunité de juridiction et irait manifestement à l'encontre du principe fixé à l'art. 11 al. 1 CNUJIE et du but poursuivi par les Nations Unies, à savoir de limiter l'immunité de juridiction en matière de contestations liées à des contrats de travail (arrêts du Tribunal fédéral 4A_331/2014 consid. 3.4; 4A_544/2011 du 30 novembre 2011 consid. 2.2.2). L'immunité de juridiction est également invocable 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 (art. 11 al. 2 let. d CNUJIE). Il en va de même 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 (art. 11 al. 2 let. e CNUJIE). La CNUJIE ne prévoit pas l'immunité de juridiction au motif qu'un employé subalterne est ressortissant de l'Etat employeur; au contraire, elle exclut expressément l'immunité lorsqu'un employé ayant la nationalité de l'Etat employeur a sa résidence permanente dans l'Etat du for (art. 11 al. 2 let. e CNUJIE; arrêt du Tribunal fédéral 4A_544/2011 précité consid. 3.2). Pour cerner la notion de résidence permanente au sens de l'art. 11 al. 2 let. e CNUJIE, on peut s'inspirer de celle de résidence habituelle (cf. FF 2009 1459 ch. 3.4), que l'on trouve notamment dans les conventions internationales de La Haye élaborées depuis 1951 (cf. ATF 120 Ib 299 consid. 2a) et qui a été reprise à l'art. 20 al. 1 let. b LDIP. La résidence habituelle implique la présence physique dans un lieu précis, l'impression objective donnée aux tiers d'y résider normalement étant plus importante que l'intention subjective de la personne concernée d'y créer le centre de sa vie (Message concernant la loi fédérale sur le droit international privé du 10 novembre 1982, FF 1983 I 309 ch. 2 15.3; cf. ATF 120 Ib 299 consid. 2a). La résidence habituelle est généralement créée dans un but déterminé, notamment pour exercer une activité professionnelle; elle peut d'emblée être limitée dans le temps. A titre d'exemple, le Message précité évoquait le cas du travailleur saisonnier qui vivait en Suisse durant neuf mois dans l'année et s'y créait une résidence habituelle, tout en gardant le centre de ses intérêts et donc son domicile dans son Etat national d'origine où vivait sa famille, où se trouvait son foyer et où il rentrait régulièrement (FF 1983 I 309 ch. 2 15.3) (arrêt du Tribunal fédéral 4A_544/2011 précité consid. 2.3.2). Le fait qu'un employé soit venu en Suisse avec sa famille, loin de son pays d'origine, pour y prendre un emploi de durée non limitée, occupé durant près de deux ans est suffisant pour admettre qu'il s'y est créé une résidence permanente (arrêts du Tribunal fédéral 4A_331/2014 consid. 3.4; 4A_544/2011 précité consid. 2.3.2). La résidence permanente au sens de la CNUJIE est indépendante de la légalité ou non du séjour de l'employé et ne dépend ainsi pas de l'existence ou non d'un titre de séjour, ni de celle d'une domiciliation officielle (arrêt du Tribunal fédéral 4A_544/2011 précité consid. 2.3.2) 2.1.4 A teneur de l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Cette disposition règle notamment l'attribution du fardeau de la preuve, c'est-à-dire désigne la partie qui doit supporter les conséquences de l'échec de la preuve d'un fait (ATF 129 III 18 consid. 2.6). Selon la conception de la doctrine dominante, qui suit la théorie des normes (Normentheorie), il découle en principe de l'art. 8 CC que le rapport entre les normes matérielles applicables détermine la répartition du fardeau de la preuve. Ce rapport établit de cas en cas si le fait à prouver fait naître un droit (fait générateur), l'éteint, respectivement le modifie (fait destructeur) ou s'il tient en échec cette naissance ou cette extinction (fait dirimant). Celui qui prétend être titulaire d'un droit doit prouver les faits générateurs dont dépend la naissance du droit. En revanche, c'est

à celui qui invoque l'extinction d'un droit ou conteste sa naissance ou sa mise en application qu'il incombe de prouver les faits destructeurs ou dirimants (ATF 139 III 13 consid. 3.1.3.1; 130 III 321 consid. 3.1; 128 III 271 consid. 2a/aa; arrêt 5C_162/2005 consid. 2.3). Il n'importe pas que celui qui invoque un droit sous forme d'objection ou d'exercice d'un droit formateur assume le rôle de défendeur dans l'instance judiciaire (Piotet, Commentaire Romand, CC I, 2010, n. 31 ad art. 8 CC). Selon la jurisprudence, c'est ainsi la partie qui se prévaut de l'immunité de juridiction qui supporte le fardeau de la preuve du défaut de résidence permanente de l'employé au sens de l'art. 11 al. 2 let. e CNUIGE (arrêt du Tribunal fédéral 4A_544/2011 précité consid. 2.3.2). La règle de l'art. 8 CC s'applique en principe également lorsque la preuve porte sur des faits négatifs. Cette exigence est toutefois tempérée par les règles de la bonne foi qui obligent le défendeur à coopérer à la procédure probatoire, notamment en offrant la preuve du contraire. Cette obligation, de nature procédurale, ne touche par contre pas au fardeau de la preuve et n'implique nullement un renversement de celui-ci. C'est dans le cadre de l'appréciation des preuves que le juge se prononcera sur le résultat de la collaboration de la partie adverse ou qu'il tirera les conséquences d'un refus de collaborer à l'administration de la preuve (ATF 119 II 305 consid. 1.b/aa; arrêt du Tribunal fédéral 4A_256/2013 du 17 octobre 2013 consid. 2.2).

2.2.1 En l'espèce, il est admis que l'intimé n'était pas membre du personnel diplomatique. Compte tenu de son activité de cuisinier, il n'est pas contesté qu'il occupait un poste subalterne et n'exerçait pas de fonction particulières dans l'exercice de la puissance publique au sens de l'art. 11 al. 2 let. a CNUIGE. Conformément à la jurisprudence précitée, il ne peut dès lors pas être considéré comme une personne jouissant de l'immunité diplomatique au sens de l'art. 11 al. 2 let. b/iv CNUIGE et l'exception prévue par cette disposition ne s'applique pas. Pour le surplus, il ne résulte ni du dossier ni des allégations de l'appelante que le présent litige, ayant pour objet le licenciement de l'intimé, risquerait d'interférer avec les intérêts de l'appelante en matière de sécurité au sens de l'art. 11 al. 2 let. d CNUIGE. Cette exception peut ainsi également être écartée.

2.2.2 Comme l'a relevé l'appelante, la seule question à trancher consiste à déterminer si l'exception prévue à l'art. 11 al. 2 let. e CNUIGE est remplie, à savoir si l'intimé, ressortissant A_____, avait sa résidence permanente à Genève au moment de l'introduction de son action le 31 octobre 2016. Il est constant que l'intimé est venu en Suisse en 2008 avec son épouse et ses enfants, loin de son pays d'origine, pour y prendre son emploi de cuisinier auprès de la Mission permanente, emploi qu'il a occupé pendant près de sept ans. Ces faits suffisent pour admettre qu'il s'est créé à Genève une résidence permanente. Il ressort en outre du dossier que, suite à son licenciement, l'intimé a été suivi médicalement à Genève : en effet, les neuf certificats médicaux établis entre le

E. 5

mai 2015 et 18 février 2016, remis en mains propres à l'intimé, permettent de retenir qu'il était présent physiquement à Genève lors de ces visites médicales. Contrairement à ce que soutient l'appelante, l'intimé a déposé une demande de permis de séjour auprès de l'OCPM. Les attestations établies par cet office les 19 novembre 2015 et 9 mai 2018 confirment qu'il est domicilié à la rue 1_____ [no.] _____ à Genève et que sa demande d'autorisation de séjour est en cours d'examen. L'appelante admet par ailleurs que toute la famille de l'intimé réside à cette adresse à Genève. En outre, l'intimé a bénéficié de l'assistance financière de l'Hospice général du 1^{er} mars au 1^{er} octobre 2016. Dans ce cadre, il a eu un entretien avec une assistance sociale le 26 septembre 2016, soit un mois à peine avant le dépôt de sa demande devant les juridictions genevoises. A cela s'ajoute qu'aucun élément au dossier ne

permet de retenir que l'intimé aurait quitté la Suisse en 2015 ou en 2016 pour retourner s'établir dans son pays d'origine. Le fait d'avoir déposé une plainte pénale devant un Tribunal [à] B_____ ne démontre pas qu'il serait retourné s'installer de manière durable en A_____. De même, le fait que l'intimé soit dans l'attente d'un permis de séjour, qu'il ait, pendant un certain laps de temps, quitté le domicile familial suite à une dispute conjugale ou encore que l'Hospice général ait cessé de lui servir ses prestations, pour des raisons administratives, ne sont pas des éléments déterminants, la résidence permanente au sens de la CNUJIE ne dépendant pas de l'existence d'un titre de séjour, ni de celle d'une domiciliation officielle. Par conséquent, les éléments avancés par l'appelante ne sont pas pertinents pour démontrer que l'intimé n'aurait plus sa résidence permanente à Genève. Le Tribunal a retenu à raison que l'appelante avait échoué à apporter la preuve que l'intimé n'avait plus sa résidence permanente à Genève lors de l'introduction de sa demande en paiement. Conformément aux principes évoqués ci-dessus, c'est l'appelante, qui se prévaut de l'immunité de juridiction, qui supporte le fardeau de la preuve du défaut de résidence permanente de l'intimé. Peu importe à cet égard qu'elle ait assumé le rôle procédural de défenderesse devant le Tribunal ou qu'il s'agisse d'un fait négatif. L'intimé a, pour sa part, rempli son obligation de coopérer à la procédure probatoire, en offrant plusieurs indices concrets de la continuité de sa résidence à Genève. L'exception prévue l'art. 11 al. 2 let. e CNUJIE doit ainsi être écartée. 2.2.3 Il suit de là que c'est à bon droit que les premiers juges ont rejeté l'exception d'immunité de juridiction soulevée par l'appelante. Au vu de ce qui précède, la décision entreprise sera confirmée. 3. Compte tenu de la nature incidente du présent arrêt, il sera renoncé à la perception de frais judiciaires d'appel. Il n'est pas alloué de dépens dans les causes soumises à la juridiction des prud'hommes (art. 22 al. 2 LaCC). * * * * PAR CES MOTIFS, La Chambre des prud'hommes, groupe 5 : A la forme : Déclare recevable l'appel formé le 1 er novembre 2018 par la REPUBLIQUE A_____ contre le jugement JTPH/303/2018 rendu par le Tribunal des prud'hommes le 1 er octobre 2018 dans la cause C/26259/2016. Au fond : Confirme ce jugement. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Sur les frais : Dit qu'il n'est pas perçu de frais judiciaires ni alloué de dépens d'appel. Siégeant : Madame Nathalie RAPP, présidente; Monsieur Michael RUDERMANN, juge employeur; Madame Shirin HATAM, juge salariée ; Madame Chloé RAMAT, greffière. Indication des voies de recours et valeur litigieuse : Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué. L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire. 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.