



T \_\_\_\_\_  
Chauffeur  
**Dom. élu :**  
Me Jean-Bernard WAEBER, avocat  
1, rue d'Aoste  
Case postale 3647  
1211 GENEVE 3

**Partie demanderesse, appelant**

**D'une part**

ETAT DE E \_\_\_\_\_  
**Dom. élu:** Me Ulysse ROCHAT  
Avocat  
9, rue Massot  
1206 GENEVE

**Partie défenderesse, appelante**

CAISSE DE CHOMAGE

\_\_\_\_\_ Case postale \_\_\_\_  
12 \_\_\_\_\_

**Partie intervenante**

**D'autre part**

## ARRÊT

du vendredi 29 octobre 2004

M. Werner GLOOR, président

Mmes Jacqueline ROBERT et Monique FORNI, juges employeurs

MM. Jean-David URFER et André MOLNAR, juges salariés

Mme Adélaïde BALP, greffière d'audience

FAITS:

a)

1. T\_\_\_\_\_, ressortissant égyptien, né en 1950, a été engagé, le 24 janvier 1991, pour une durée déterminée, en qualité de chauffeur d'ambassadeur, non porteur d'une arme de service, par la Mission permanente de l'ETAT DE E\_\_\_\_\_ auprès de l'Office européen des Nations Unies à Genève (pièce 1 dem = pièce 1 déf).
2. Les parties ont donné à leur accord la forme écrite et ont choisi la langue arabe. Elles sont convenues d'un salaire mensuel de Fr. 3'675.-, augmentable à raison de Fr. 75.— par année selon une grille des salaires, d'un emploi à plein temps, réparti sur 6 jours par semaine, de 30 jours de vacances par an, de la prise en charge, par la Mission, des frais d'assurance-maladie et accident, et d'un préavis de deux mois (pièce 9 dem [original arabe] = pièce 1 dem, trad. fr)).
3. A teneur de l'art. 3, *"les horaires de travail ont été convenus comme suit: 6 jours /semaine et étant entendu que le jour de congé hebdomadaire sera en accord avec M. l'Ambassadeur et par conséquent le jour de congé ne sera pas nécessairement un samedi ou un dimanche"*
4. A teneur de l'art. 4, *"la deuxième partie a droit à un congé annuel de 30 jours déterminé par M. l'Ambassadeur; elle bénéficiera également d'une assurance-maladie et d'une assurance-accident aux frais de la Mission"*.
5. Ce contrat ne précise pas l'horaire journalier ou hebdomadaire de T\_\_\_\_\_ (pièce 1 dem).
6. Dans la foulée de cette prise d'emploi, le DFAE a fait remettre à T\_\_\_\_\_ une carte de légitimation "E" No 103443 destinée au personnel de service des Missions permanentes (pièce 11 déf)

b)

7. Par décret No. 132/88 du 29 août 1988, le Ministère des Affaires étrangères de l'ETAT DE E\_\_\_\_\_ a édicté un "Statut pour les employés locaux" de ses Missions diplomatiques à l'étranger. Il est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1989 (pièce 2 déf, trad. angl. non contestée).
8. Ce statut du personnel 1988 instaure une grille de salaire (art. 2), détermine les conditions requises pour l'engagement (art. 3), les allocations spéciales (art, 4), le régime des heures supplémentaires (art. 5), la durée des vacances et du salaire en cas de

maladie (art. 6), l'indemnité d'ancienneté (art. 7), les conditions de fin de service et les obligations de l'employé (arts. 8 – 10).

9. A teneur de l'art. 5, intitulé "Remuneration of overtime work and additional allowances":

a) *No remuneration for overtime work is granted except in urgent cases like in the case when an employee goes on vacation and the other employee can take up his duties in addition to his own, and on the condition that the duration of the overtime work does not exceed 3 months, given that the evaluation of the necessity for the overtime work is of the competence of the Head of Mission and after approval by the Mission.*

b) (...)

c) *The employee or member of staff is granted an allowance for medical treatment the value of which is to be calculated by each Mission on a decision of the Ministerial Under-Secretary and after a recommendation of the Head of Mission".*

10. Peu de temps après son engagement, T\_\_\_\_\_ a reçu des mains d'un collègue de travail une copie de ce Statut du personnel 1988. Sur ce, il s'est adressé à l'Ambassadeur (de l'époque), inquiet de ce que son contrat de travail ne contenait pas de référence à ce Statut. Il souhaitait en bénéficier. La Mission lui a alors remis et fait signer une nouvelle expédition – toujours en arabe – de son contrat de travail, et celle-ci comportant, comme souhaité - un art. 10 dont la teneur française est la suivante: "*la 2<sup>ème</sup> partie est soumise au Règlement concernant les fonctionnaires et les employés locaux dont une copie est ci-jointe*".(PV, 7. 10. 2004, p. 2; pièce 1 déf).

11. T\_\_\_\_\_ avait d'emblée pris connaissance de l'art. de ce Statut du personnel 1988, et il était conscient du fait qu'en principe les heures supplémentaires ne lui seraient pas indemnisées (PV, 7. 10. 2004).

c)

12. La Mission permanente de l'ETAT DE E\_\_\_\_\_ est ouverte du lundi au vendredi (soit y compris le jour saint de la semaine musulmane), et ce de 9h00 à 12h30, et de 14h00 à 17h00 – sauf durant les jours ouvrables du mois du Ramadan où elle n'est ouverte que pendant 4 heures (PV, 7. 10. 2004, p. 4 - 5, non-contesté). Elle est fermée durant les week-ends (samedis, dimanche) et durant les jours fériés suisses et musulmans (ibid).

13. Le personnel de bureau de la Mission effectue ainsi, en principe, un horaire de 32,5 H par semaine (PV, 7. 10. 2004, p. 4) (non-contesté).

d)

14. En sa qualité de chauffeur de l'Ambassadeur, T\_\_\_\_\_ avait pour première tâche d'assurer les déplacements professionnels du Chef de la Mission, du lundi au vendredi. Il lui incombait d'aller le chercher, le matin, avec la voiture de service, à sa résidence, de le conduire à la Mission, d'assurer les déplacements de ce durant la journée, et le soir, de le ramener à son domicile.(PV, 7. 10. 2004 p. 4).
15. Lorsque l'Ambassadeur participait à des réunions ou conférences diplomatiques se prolongeant le soir, ou lorsque ce dernier était invité, le soir, à un cocktail ou dîner organisés par une autre Mission permanente, T\_\_\_\_\_ devait attendre la fin de ces réunions, avant de pouvoir le ramener à sa résidence, et ce faisant, terminer sa propre journée de travail (pièce-liasse 26 dem).
16. Fréquemment, T\_\_\_\_\_ devait également intervenir lorsqu'il s'agissait d'aller chercher ou reconduire à l'aéroport des membres du Gouvernement de E\_\_\_\_\_, des diplomates, des ressortissants ou invités de ce pays (pièce-liasse 26 dem).
17. Durant les heures d'ouverture de la Mission, T\_\_\_\_\_ devait se tenir à disposition ou conduire, excepté la pause déjeuner (PV, 7. 10. 2004, p. 5).
18. En règle générale, T\_\_\_\_\_ n'a dû déployer son activité professionnelle que du lundi au vendredi. Il a avait congé les week-ends (samedi, dimanche).(cf. liasse-pièce 26 dem).
19. Pendant les vacances de l'Ambassadeur, T\_\_\_\_\_ fonctionnait comme chauffeur du Chargé d'affaires (PV, 7. 10. 2004, p. 4).
20. Hormis les déplacements réguliers du matin et du soir, et ceux communiqués par l'Ambassadeur lui-même, T\_\_\_\_\_ effectuait son travail sur la base d'ordres de mission que lui communiquait le secrétariat de la Mission de l'ETAT DE E\_\_\_\_\_ (pièce-liasse 26 dem).
21. A certaines occasions, T\_\_\_\_\_ a dû déployer son activité de chauffeur un samedi, un dimanche ou un jour férié (PV, 7. 10. 2004 p. 4).
22. Durant le mandat des Ambassadeurs A\_\_\_\_\_ (départ le 4. 8 1992) et de B\_\_\_\_\_ (départ le 1. 3. 1996), T\_\_\_\_\_ pouvait parfois disposer de son temps après avoir effectué un transport; il n'avait pas besoin d'attendre sur place et pouvait s'éloigner en ville – se voyant communiquer l'heure où l'on avait besoin à nouveau de lui. Cette possibilité ne lui était plus offerte par le dernier Ambassadeur, C\_\_\_\_\_ (arrivée le 17. 4. 1996; cf. Nations Unies, Missions permanentes auprès des Nations Unies à Genève, No. 82, avril 1998).(PV, 7. 10. 2004, p 5).
23. Durant toute la durée des rapports de travail, T\_\_\_\_\_ notait, sur des feuilles qu'il a préparées à cet effet, jour par jour, semaine après semaine, ses heures de travail (= 5<sup>ème</sup> colonne: temps de conduite + temps d'attente); dans la 6<sup>ème</sup> colonne de ces feuilles-

relevés, il a noté ses "heures supplémentaires", en partant de l'idée que seules les heures fournies au-delà de la 8<sup>ème</sup> heure par jour constituait une heure supplémentaire (pièces-liasse 26 dem).

24. Parallèlement, T\_\_\_\_\_ conservait l'intégralité des ordres de mission, et les a agrafés à la feuille-relevé du mois concerné (pièce-liasse 26 dem = classeur fédéral rouge).
25. A aucun moment, T\_\_\_\_\_ n'a produit, durant les rapports de travail, ces relevés d'heures à la Mission permanente de l'ETAT DE E\_\_\_\_\_ (PV, 7. 10. 2004, non-contesté).
26. Il est arrivé à T\_\_\_\_\_ de faire état – oralement – à ses supérieurs, de ses heures supplémentaires et d'en réclamer le paiement, mais sans se faire entendre à satisfaction. L'Ambassadeur C\_\_\_\_\_ a fini par instruire le comptable ("administrator") de la Mission de lui créditer quelques jours de congé sur son compte-vacances (pièce 14 et 24 dem).
27. T\_\_\_\_\_ n'a pu prendre les jours de congé crédités, en compensation de ses heures supplémentaires, sur son compte vacances (appréciation des preuves).

d)

28. Le Tribunal a, dans son jugement, partie "En fait", dressé, avec minutie, un tableau détaillé des heures – *allegedly* - effectuées par T\_\_\_\_\_, et ce sur la base des relevés tenus par ce dernier (liasse-pièce 26 dem). L'exactitude du report des chiffres figurant dans les relevés du demandeur sur le tableau dressé par le Tribunal n'est pas contestée (déclaration concordante des parties, cf. PV, 7. 10. 2004, p. 5).
29. La Cour fait dès lors sienne ledit tableau (jugement, p. 4 – 7).

e)

30. Durant les rapports de travail, T\_\_\_\_\_ a bénéficié des jours fériés suisses et genevois (à l'exception du jour de la Fête nationale suisse, i. e. le 1<sup>er</sup> août), et des jours fériés de E\_\_\_ et islamiques suivants: D\_\_\_\_\_, Fête nationale de E\_\_\_\_\_, Fête de la Libération, F\_\_\_\_\_, Nouvel An de l'Hégire, Naissance du Prophète, G\_\_\_\_\_ (pièce 25 dem; non contesté).

f)

31. Du 24 janvier 1991 au 31 janvier 2001 (= date de la fin des rapports de travail), T\_\_\_\_\_ a pu prendre ses vacances aux dates suivantes (dates non-contestées, cf. PV, 7. 10. 2004, p 7; cf. pièces 22 dem; pièce; pièce déf. annexée à la lettre de l'Etat défendeur au Tribunal du 10. 9. 2003, "Statement of vacations" = liasse 7; mémoire-appel dem. p. 4) <sup>1</sup> :

Année	Droit	Date des vacances	Nombre de jours pris	Solde à reporter
1991	28	Lundi 5. 8. – 23. 8. 1991	15	13
1992	30	Lundi 10. 8 – 27. 8. 1992	13	30
1993	30	Lundi 2. 8. – 27. 8. 1993	20	40
1994	30	Lundi 25. 7. – 26. 8. 1994	25	45
1995	30	Lundi 13. 3. - 17. 8. 1995 Lundi 26. 6 - 28. 7. 1995 Merc 4.10 - 6.10. 1995	5 + 25 + 3	42
1996	30	Lundi 22. 7. - 23. 8. 1996	24 <sup>2</sup>	48
1997	30	Lundi 21. 7. – 22. 8. 1997	24	54
1998	30	Lundi 9. 3. – 13. 3. 1998 Lundi 20. 7. – 28. 8. 1998	5 + 30 <sup>3</sup>	49
1999	30	Lundi 15. 2. – 19. 2. 1999 Lundi 19. 7. – 28. 8. 1999	5 + 30 <sup>4</sup>	44
2000	30	Lundi 17. 7. – 25. 8. 2000	29	45
2001	2,5		2,5	47,5

32. T\_\_\_\_\_ avait coutume de présenter ses demandes de vacances par écrit, à l'Ambassadeur, respectivement au Chargé d'affaires (liasse-pièce 23 dem).

g)

33. De 1995 à 2001, le salaire mensuel de T\_\_\_\_\_ a évolué comme suit (les augmentations annuelles intervenant les 1<sup>er</sup> juillet) (cf. pièces 3 à 9 dem):

1. 7. 1995 – 30. 6. 1996:	Fr. 4'945.-
1. 7. 1996 – 30. 6. 1997	Fr. 6'009.- <sup>5</sup>
1. 7. 1997 – 30. 6. 1998	Fr. 6'084.-
1. 7. 1998 – 30. 6. 1999	Fr. 6'159.-
1. 7. 1999 – 30. 6. 2000	Fr. 6'234.-

<sup>1</sup> ) La Cour relève, vérification faite dans des calendriers de l'époque, que le décompte de jours de vacances pris présenté par l'Etat défendeur englobe les samedis et dimanches.

<sup>2</sup> ) Depuis le 1. 1. 1996, le 1<sup>er</sup> août – jour de fête nationale suisse – est un jour férié légal; les jours fériés légaux tombant dans les jours ouvrables des périodes de vacances ne sont pas comptés comme jours de vacances.

<sup>3</sup> ) En 1998, le 1<sup>er</sup> août est tombé sur un samedi.

<sup>4</sup> ) En 1999, le 1<sup>er</sup> août est tombé sur un dimanche.

<sup>5</sup> ) Augmentation importante – dépassant le saut contractuel de Fr. 75.--.

1. 7. 2000 - 31 11. 2001 Fr. 6'234.-<sup>6</sup>

h)

34. Le 1<sup>er</sup> janvier 1996, T\_\_\_\_\_, son épouse et ses enfants ont obtenu la nationalité suisse (pièces 29, 30 dem).
35. Il a dû rendre sa carte de légitimation "E", et le DFAE lui a fait remettre une carte de légitimation "S" (No. 121666) destinée aux membres de nationalité suisse, ou détenteurs de permis "B" ou "C", des Missions permanentes auprès des Organisations internationales établies en Suisse (pièce 2 dem; PV, 5. 12. 2002, p. 3).
36. Devenu suisse, T\_\_\_\_\_ a perdu l'immunité fiscale, et il a dû s'affilier à l'AVS/AI en tant qu'assuré dont l'employeur n'est pas tenu de payer des cotisations – au taux identique à celui des assurés exerçant une activité indépendante (art. 6 LAVS; cf. pièces 31 – 34 dem: PV, 5. 12. 2002, p. 4).
37. La Mission permanente de l'ETAT DE E\_\_\_\_\_ n'a pas participé, sur une base volontaire, au financement de ces cotisations sociales (PV, 5. 12. 2002, p. 3).
38. En revanche, depuis l'engagement de T\_\_\_\_\_, l'Etat défendeur a toujours versé une "somme forfaitaire", d'abord de Fr. 111.- par mois, puis, à partir du 1<sup>er</sup> avril 1995, de Fr. 250.- par mois, et ce à titre de participation à la prime de l'assurance-maladie (PV 5. 12. 2002, p. 3; PV, 7. 10. 2004, p. 9; non-contesté).
39. A compter du 1<sup>er</sup> février 1998, T\_\_\_\_\_ a payé une prime mensuelle pour son assurance maladie + accident personnelle de Fr. 280.-, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1999 une prime mensuelle de Fr. 293, 10, et à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2000, une prime mensuelle de Fr. 319,20.—(liasse-pièce 27 dem).

i)

40. Par décret No. 45/99 du 11 octobre 1999, le Ministère des Affaires étrangères de l'ETAT DE E\_\_\_\_\_ a édicté un nouveau "Statut pour les employés locaux" des Missions diplomatiques à l'étranger. Il est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2000 (cf. pièce 13 dem).
41. Le nouveau Statut des employés locaux évoque, à son art. 18, le traitement des heures supplémentaires; il reconduit, à son art. 27, le principe du choix, par le Chef de la Mission, de la prise en charge, par la Mission des primes d'assurance maladie obligatoire ou du versement d'une participation forfaitaire, et, à son art. 37, le principe d'une indemnité de fin de service (pièce 13 dem).

---

<sup>6</sup>) Selon contrat, le salaire aurait dû être augmenté de Fr. 75.—le 1<sup>er</sup> juillet 2000.

42. L'art. 18 de ce Statut du personnel 1999 a la teneur suivante (pièce 13 dem; trad. fr. non-contestée):

*"al. 1. En cas de nécessité, le Chef de la Mission peut charger les employés locaux du travail supplémentaire à effectuer après les horaires de travail en vigueur dans la Mission, à concurrence de trois mois par année (financière) et après en avoir pris l'accord du Ministère, à condition qu'au moment de confier le travail supplémentaire à l'employé local les conditions suivantes soient remplies:*

- *le travail confié doit avoir un caractère officiel;*
- *le travail confié doit entrer dans le cadre des fonctions de l'employé;*
- *le travail confié doit être précisé en détail.*

*al. 2. Le travail supplémentaire dans les cas prévus par l'alinéa précédent sera compensé par l'équivalent du salaire horaire dû à l'employé pour les heures supplémentaires pendant les jours de la semaine et 25% pour les heures supplémentaires pendant les jours de repos et les jours fériés officiels. Les dispositions de l'alinéa précédent sont applicables au cas où les horaires en vigueur dans la Mission dépassent les horaires de travail prescrits par la loi de travail du pays où se trouve le siège de la Mission et cela, après en avoir pris l'accord du Ministère conformément au formulaire préparé à cet effet".*

43. L'art. 37 du Statut 1999 comporte, en outre, une disposition transitoire libellée comme suit:

*"Les personnes travaillant dans nos Missions et recrutées localement sont soumises aux contrats passés avec elles. Lors du renouvellement annuel de leur contrats, le contrat-ci-joint doit être signé avec elles, sans préjudice de toute disposition prévue par le présent régime (...).*

j)

44. Par courrier à l'Ambassadeur du 18 septembre 2000, T\_\_\_\_\_ a réclamé, une "compensation", pour son "travail supplémentaire". Il a invoqué le nouveau Statut du personnel local du 19 octobre 1999, dont il a demandé l'application "avec effet rétroactif". Par la même occasion il a réclamé une augmentation du salaire (pièce 14 dem).

45. Le 19 septembre 2000, T\_\_\_\_\_ a été prié de rendre sa voiture de fonction, la carte d'essence ainsi que la commande du portail de la résidence de l'Ambassadeur (pièce 16 dem).
46. Le 25 septembre 2000, T\_\_\_\_\_ a eu un entretien avec l'Ambassadeur C\_\_\_\_\_. A l'issue de cette réunion, l'Ambassadeur lui a signifié le congé moyennant préavis de deux mois pour la fin d'un mois – soit pour fin novembre 2000, avec libération immédiate de la place de travail (pièce 16 dem).
47. Par courrier recommandé du 26 septembre 2000, l'ETAT DE E\_\_\_\_\_, par la plume de son Ambassadeur, a confirmé le congé donné pour l'échéance du 30 novembre 2000 (pièce 16 dem = pièce 4 déf).
48. Par courrier-réponse du 27 septembre 2000, T\_\_\_\_\_ a offert ses services pour la durée du préavis (pièce 17 dem = pièce 5 déf).
49. Le 4 octobre 2000, l'Ambassadeur M. C\_\_\_\_\_ a fait parvenir à T\_\_\_\_\_ un certificat de travail élogieux (pièce 6 déf).
50. En effet, T\_\_\_\_\_ a toujours travaillé à la satisfaction pleine et entière des différents ambassadeurs successifs de l'ETAT DE E\_\_\_\_\_ à Genève (cf. attestations établies par les ambassadeurs A\_\_\_\_\_, du 4. 8. 1992, et de B\_\_\_\_\_, du 1. 3. 1996; cf. pièces 10 – 11 dem).
51. T\_\_\_\_\_ s'est trouvé en arrêt-maladie du 24 novembre 2002 jusqu'au 10 janvier 2001 (pièces 18 – 20 dem, non-contesté).
52. Il a touché son salaire jusqu'au 30 novembre 2000 (mémoire-demande, p. 22, non-contesté).
53. Le 5 octobre 2000, la Mission permanente de l'ETAT DE E\_\_\_\_\_ a remis à T\_\_\_\_\_ le formulaire de l'assurance-chômage, intitulé "Attestation de l'employeur", dûment rempli. Elle a inséré les chiffres suivants dans la case-rubrique No. 4 "Horaire normal de travail en vigueur dans l'entreprise" ? 32h30 heures par semaine, et la case-rubrique No. 5 "Horaire normal de travail contractuel de l'assuré(e) ? 32h30 heures par semaine (réponses en *italiques*; pièce 21 dem).

## PROCEDURE

a.)

1. Par acte déposé au greffe de la juridiction des Prud'hommes en date du 12 février 2001, T\_\_\_\_\_ a assigné l'ETAT DE E\_\_\_\_\_ en paiement de Fr. 297'060,15, soit de

Fr. 12'468.- pour salaire de décembre 2000 et janvier 2001 (1<sup>ère</sup> conclusion), de Fr. 37'404.- à titre de pénalité pour licenciement abusif (2<sup>ème</sup> conclusion), de Fr. 29'923,20 à titre de "réparation pour dommage résultant du licenciement" (3<sup>ème</sup> conclusion), de Fr. 46'766.- à titre d'indemnité de sortie (indemnité d'ancienneté) (4<sup>ème</sup> conclusion), de Fr. 14'044,40 à titre d'indemnité vacances (5<sup>ème</sup> conclusion) (ces cinq premières conclusions avec intérêt moratoire 5% l'an dès le 1. 2. 2001), de Fr. 22'156,70 "pour cotisation AVS, AI, APG et AC, plus intérêts 5% dès le 1. 8. 1998 "date moyenne" (6<sup>ème</sup> conclusion), de Fr. 128'330,45 pour heures supplémentaires plus intérêts 5% dès le 1. 6. 1998 "date moyenne" (7<sup>ème</sup> conclusion), et de Fr. 5'970,40 "pour primes assurances maladie et accidents avec intérêts 5% dès le 1. 2. 1996 » (8<sup>ème</sup> conclusion) (liasse 1).

2. Par déclaration du 19 février 2001 la Caisse cantonale genevoise de chômage est intervenue dans la procédure. Puis, par acte du 20 février 2001, la Caisse s'est subrogée dans les droits du demandeur à raison de Fr. 2'281,95, somme représentant les indemnités AC de janvier 2001 plus intérêts 5% à partir du 20 février 2001, ainsi que de Fr. 3'304,90 à titre d'indemnités AC versées pour décembre 2000, plus intérêts à partir du 20 février 2000 (dossier judiciaire).
3. L'Etat défendeur a d'emblée, *in limine litis*, invoqué son immunité de juridiction (liasse 5 a).
4. Par jugement présidentiel du 29 juin 2001, le Tribunal a déclaré "l'exception d'immunité de juridiction soulevée non fondée pour ce qui est des conclusions relevant du droit du travail autres que le licenciement abusif", déclaré "la demande recevable dans ces limites", et s'est dit "compétent tant à raison de la matière qu'à raison du lieu pour connaître du litige qui oppose les parties" (liasse 6).
5. Le 5 décembre 2002, la Cour de céans, statuant sur appel de l'Etat défendeur, a annulé ledit jugement et rendu l'arrêt suivant:

*a. Sur compétence internationale et matérielle*

*Dit que la juridiction des Prud'hommes est territorialement et matériellement compétente en tant qu'elle est saisie de conclusions relevant du droit du contrat de travail;*

*Dit que la juridiction des Prud'hommes n'est pas compétente ratione materiae pour connaître de la conclusion du demandeur en paiement de Fr. 22'156,70 à titre de dommages-intérêts pour non-paiement de cotisations (part patronale) AVS, AI, APG et AC (= 6<sup>ème</sup> conclusion), dans la mesure où celle-ci se fonde sur une prétendue obligation légale de l'Etat défendeur;*

*b. Sur immunité de juridiction*

*Maintient l'immunité de juridiction de l'Etat défendeur en ce qui concerne la conclusion du demandeur en paiement de Fr. 37'468.—pour "licenciement abusif (= 2<sup>ème</sup> conclusion);*

*Rejette l'exception d'immunité de juridiction de l'Etat défendeur pour ce qui est des autres conclusions (conclusions 1, 3, 4, 5, 7, 8) du demandeur fondées sur le droit du contrat du travail);*

*Réserve l'examen de l'exception d'immunité de juridiction, respectivement de l'exemption légale, s'agissant de la 6<sup>ème</sup> conclusion du demandeur, et dit qu'il appartient à la juridiction matériellement compétente d'en décider".*

6. Cet arrêt est entré en force.

b)

7. Dans la procédure au fond, le demandeur a conclu à l'application du droit suisse, et notamment, pour ce qui est de sa prétention en paiement de ses heures supplémentaires, de l'Ordonnance sur les chauffeurs du 6 mai 1981 (OTR 2; RS 822.222), "dans la mesure où il a "été engagé en qualité de chauffeur et que l'ordonnance régit une partie essentielle de ses conditions de travail, notamment la durée du travail (art. 1 OTR 2) (mémoire-demande, p.16 = liasse 1).

8. Lors de l'audience du Tribunal du 26 août 2003, demandeur, assisté de Me Jean-Bernard WAEBER, a maintenu sa demande de Fr. 297'060,16 "sous déduction de la conclusion No. 2 relative à l'indemnité pour licenciement abusif (Fr. 37'404.--) (PV, 26. 8. 2003, p. 2).

9. La Caisse cantonale genevoise de chômage a, pour sa part, confirmé sa déclaration de subrogation du 20 février 2001 (PV, 26. 8. 2003, p. 2).

10. L'Etat défendeur, représenté par H\_\_\_\_\_, Vice-Consul du Consulat général de E\_\_\_\_\_ à Genève, assisté de Me Dominique HENCHOZ, s'est opposé à l'intégralité de la demande (PV, 26. 8. 2003, p. 2). Par ailleurs, se référant à l'art. 128 ch. 3 CO, il a soulevé l'objection de prescription pour toute créance antérieure au 1<sup>er</sup> janvier 1996 (cf. liasse 7)..

11. Lors de cette audience, M. H\_\_\_\_\_, interrogé par rapport au poste heures supplémentaires, a déclaré ceci:

*"Un chauffeur travaille pour la Mission de 9h00 à 12h30 et de 14h00 à 17h00, samedi et dimanche il a congé, ce qui fait 32h30 par semaine. Occasionnellement, on peut demander aux chauffeurs de travailler en-dehors des heures susmentionnées. L'horaire mentionné ci-dessus est l'horaire des heures d'ouverture de la Mission. Un chauffeur peut être appelé à travailler 48 heures par semaine. Le contrat de travail ne mentionne pas d'horaire de travail précis. Le chauffeur peut être appelé à travailler 6 jours par semaine, sans mention d'heures contractuelles plafond (...)"*

12. L'Etat défendeur a contesté la réalité du nombre des heures de travail indiquées par le demandeur dans ses relevés, étant donné que celles-ci n'ont jamais été transmises à la Mission, et que, de ce fait, il lui était impossible de vérifier leur exactitude. Il a concédé que l'intéressé aurait, "peut-être", effectué 1 heure de travail en dehors des ouvertures de bureau – notamment lors de réceptions, ajoutant que "l'on n'arrive jamais au total de 48 heures par semaine", et que "nous nous sommes basés, pour déclarer que les chauffeurs peuvent travailler 48 heures par semaine, sur l'OTR 2" (PV, 26. 6. 8. 2003, p. 4).
13. S'agissant du poste "vacances", l'Etat défendeur a déclaré "reconnaître le solde indiqué sur la pièce 24 dem", et ajouté, en se référant à la page 3 de la liasse-pièce 24 dem: "nous reconnaissons devoir 39 jours [i. e. compte vacances au 31. 12. 1999] et non pas 41 jours de vacances à M. T \_\_\_\_\_" (PV. 26. 8. 2003, p. 6).
14. Enfin, l'Etat défendeur, ayant pris note de l'incapacité de travail survenue durant le préavis, a reconnu devoir au demandeur le salaire jusqu'au 31 janvier 2001 – soit Fr. 12'468.—(PV 26. 8. 2003 p. 8).

l)

15. Par jugement du 17 décembre 2003, le Tribunal
  - 1. s'est déclaré incompétent ratione materiae pour connaître de la conclusion du demandeur en paiement de Fr. 22'156,70 à titre de dommages et intérêts pour non paiement des cotisations (part patronale) AVS, AI, APG et AC;
  - 2. condamné l'Etat défendeur à payer au demandeur la somme brute de Fr. 6'234.- avec intérêts 5% l'an dès le 31 décembre 2000, à titre de salaire de décembre 2000, sous déduction de Fr. 3'304,90 indemnités AC;
  - 3. condamné l'Etat défendeur à payer au demandeur la somme brute de Fr. 6'234.-, avec intérêts 5% l'an dès le 31 janvier 2001, à titre de salaire de janvier 2001, sous déduction de Fr. 2'281,95 indemnités AC;
  - 4. condamné l'Etat défendeur à payer à la Caisse cantonale genevoise de chômage, créancière subrogée AC, la somme nette de Fr. 5'586,85, avec intérêts 5% l'an dès le 20 février 2001;
  - 5. condamné l'Etat défendeur à payer au demandeur la somme brute de Fr. 46'755.- à titre d'indemnité statutaire de fin de service;
  - 6. condamné l'Etat défendeur à payer au demandeur la somme brute de Fr. 52'858,70, avec intérêts 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> juin 1998 ("date moyenne"), à titre d'indemnité pour heures supplémentaires;
  - 7. condamné l'Etat défendeur à payer au demandeur la somme de Fr. 250.-, avec intérêts 5% l'an dès le 31 décembre 2000, à titre de participation à la prime d'assurance-maladie pour décembre 2000;

- 8. condamné l'Etat défendeur à payer au demandeur la somme de Fr. 250.-, avec intérêts 5% l'an dès le 31 janvier 2001, à titre de participation à la prime d'assurance-maladie pour janvier 2001.
  - 9. débouté les parties de toutes autres conclusion (i. e. le demandeur de ses conclusions en paiement de Fr. 14'044,40 avec intérêts moratoires 5% dès le 1<sup>er</sup> février 2001 à titre d'indemnité pour jours de vacances non pris.
16. Le Tribunal a considéré, en substance, s'agissant du chapitre heures supplémentaires, que les parties n'avaient pas fixé d'horaire hebdomadaire et que les heures d'ouverture de la Mission (32h30/sem) ne pouvait donner ce cadre; il a estimé qu'il convenait de partir d'un horaire contractuel du demandeur de 40 h/ sem, dès lors que le demandeur lui-même, dans ses relevés, avait implicitement retenu ce cadre pour le décompte de ses heures supplémentaires (avant qu'il ne se ravise et ne se réfère à un cadre horaire journalier de 6h30 [32h30 : 5] sous l'impulsion de son conseil). Convaincu, pour le surplus, de la réalité des heures de travail indiquée, dans ses relevés, par le demandeur, le Tribunal a, par conséquent, établi ses calculs et majorations, semaine par semaine, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1996 (début de la période non prescrite), en s'en tenant aux heures hebdomadaires fournies au-delà de la 40<sup>ème</sup> heure.
17. Pour ce qui est du chapitre vacances, le Tribunal a considéré – implicitement – qu'en vertu des règles relatives à la prescription quinquennale (art. 128 ch. 3 CO) – il convenait de mettre les "compteurs à zéro" à la date du 1<sup>er</sup> janvier 1996. Partant de cette prémisse, il a retenu que le demandeur avait bénéficié de 24 jours de congé en 1996, de 24 autres en 1997, de 34 en 1998 et de 34 autres en 1999, ainsi que de 29 jours en été 2000, de sorte, qu'au moment de son licenciement, soit le 26 septembre 2000, il lui restait encore un solde de 5 jours, auquel s'ajoutaient les 2,5 jours pour janvier 2001. Vu le faible crédit en jours de vacances non pris et la durée du délai de congé, le Tribunal a conclu que l'intéressé était à même de les prendre en nature pendant le préavis.
18. Quant à la prise en charge mensuelle des primes assurance-maladie, le Tribunal a estimé que l'Etat défendeur avait respecté ses engagements en versant, mois par mois, une contribution forfaitaire (d'abord de Fr. 111.-, puis, à compter du 1<sup>er</sup> avril 1995 de Fr. 250.-) au demandeur.
19. Les conclusions en paiement des mois de décembre 2000 et janvier 2001, ainsi que celle afférente au paiement de l'indemnité statutaire de fin de rapports de service, n'étant plus vraiment litigieuses, le Tribunal les a adjugées sans longs développements.
20. Ce jugement a été notifié aux domiciles élu des parties par plis recommandés du 10 mai 2004 (liasse 10).

m)

21. Par acte déposé au greffe de la juridiction des Prud'hommes en date du 8 juin 2004, T\_\_\_\_\_ a formé appel contre ce jugement (liasse I).
22. Dans son écriture-appel, le demandeur conclut à l'annulation du jugement en ce qu'il l'a a) débouté de ses conclusions en paiement de la somme brute de Fr. 14'044,40 correspondant au solde de vacances non prises, avec intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> février 2001, et b) condamné l'Etat défendeur à lui payer [seulement] les sommes de Fr. 250.- avec intérêts 5% l'an dès le 31 décembre 2000 et Fr. 250.— avec intérêts 5% l'an dès le 31 janvier à titre de participation aux primes d'assurance-maladie.
23. Reprenant ces deux prétentions, le demandeur a conclu à la condamnation de l'Etat défendeur à lui payer a) la somme brute de Fr. 14'044,40 à titre de paiement du solde de vacances non prises, avec intérêts dès le 1<sup>er</sup> février 2001, b) la somme nette de Fr. 2'246,40 à titre de prise en charge des cotisations d'assurance maladie avec intérêts à 5% l'an dès la date moyenne du 1<sup>er</sup> janvier 2000.
24. Pour le surplus, T\_\_\_\_\_ a conclu à la confirmation du jugement entrepris, et au déboutement de l'Etat défendeur de toute autre conclusion.
25. Par pli LSI expédié en date du 10 juin 2004, l'Etat défendeur a fait parvenir au greffe à son tour un mémoire-appel (liasse II).
26. Dans son écriture-appel, l'Etat défendeur conclut à l'annulation du jugement dans la mesure où celui-ci l'a condamné à verser au demandeur la somme brute de Fr. 52'858,70 avec intérêts 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> juin 1998.
27. Reprenant sa position articulée en première instance, l'Etat défendeur a conclu au déboutement intégral du demandeur de toute conclusion tendant au paiement d'une indemnité pour heures supplémentaires.
28. Enfin, l'Etat défendeur a conclu à la confirmation, pour le surplus, du jugement et au déboutement du demandeur de toutes autres ou contraires conclusions (liasse II, p. 19).
29. Chaque partie a pu se déterminer, dans une écriture complémentaire, par rapport à l'écriture-appel de sa partie adverse (liasses III, IV).
30. Les parties n'ont pas sollicité l'audition de témoins.

n)

31. A teneur du dossier judiciaire, seul l'Etat défendeur a été invité à verser un émolument d'appel. Ce dernier a payé un émolument de Fr. 400.- en date du 21 juin 2004.
32. Informée des appels formés, la Caisse cantonale genevoise de chômage a, par courrier du 21 juillet 2004, conclu à la confirmation du jugement entrepris en ce qui concerne l'admission de sa subrogation et la condamnation de l'Etat défendeur à lui payer la somme de Fr. 5'586,85 avec intérêts à 5% l'an dès le 20 février 2001 (dossier judiciaire).

o)

33. L'Etat défendeur critique le fait que le Tribunal n'ait pas pris en considération le décret ministériel (i. e. Statut du personnel) de 1988. Rappelant que les parties n'ont pas fixé d'horaire journalier ou hebdomadaire, il lui fait grief d'avoir retenu sans appui aucun dans le dossier ou dans la loi un horaire contractuel de 40h/sem – alors qu'il convenait d'appliquer l'OTR 2 qui, avec 48h/sem, reflétait, lui, l'horaire usuel. Il conteste le réel et sérieux des heures de travail exposées dans les relevés du demandeur – relevés que ce dernier n'a jamais produits à l'employeur. Il rappelle que les parties avaient convenu, par écrit, de ne pas rémunérer le "overtime work". Si toutefois des heures supplémentaires ont pu être fournies, celles-ci ont été compensées en jours de congé. Enfin, la démarche du demandeur consistant à réclamer des années après une indemnité pour de prétendues heures supplémentaires lui paraît abusive.
34. S'agissant des vacances, l'Etat défendeur objecte la prescription quinquennale pour les jours non pris avant 1996. Partant de là, il n'y a lieu que de prendre en considération que les relevés vacances ultérieures. Enfin, le demandeur pouvait prendre ses jours de vacances non encore pris durant son délai de préavis libéré.
35. Quant au chapitre primes d'assurance maladie, l'Etat défendeur considère avoir déferé à ses obligations contractuelles en versant un montant forfaitaire mensuel. Le Statut du personnel de 1988 – le seul à prendre en considération – ne prévoit pas la prise en charge des primes assurance maladie, mais seulement une participation forfaitaire.
36. Le demandeur pour sa part critique le jugement en tant qu'il a retenu un solde de jours de vacances de 5 jours fin 2000 (respectivement de 7,5 jours à fin janvier 2001), en faisant l'impasse sur la déclaration de l'Etat défendeur concédant qu'à fin 1999 le solde s'élevait à 39 jours. Il lui fait grief d'avoir estimé qu'il pouvait prendre ses jours de vacances durant le délai de congé pendant lequel il était libéré – délai trop court, estime-t-il.
37. S'agissant des primes assurances-maladie, il expose qu'à teneur des textes l'Etat défendeur était tenu de les prendre en charge dans leur intégralité – et de ne pas simplement verser une contribution forfaitaire.
38. Répondant à l'appel de l'Etat défendeur sur le point des heures supplémentaires, le demandeur, conclut à présent à *l'inapplicabilité* de l'OTR 2, motif pris à l'art. 3 al. 1 bis

OTR 2 qui semble limiter le champ d'application de l'Ordonnance aux chauffeurs professionnels dans un but de réaliser un profit économique. Que, d'autre part, l'horaire usuel dans l' "entreprise" était de 32h30 heures, et qu'enfin, en retenant un cadre horaire hebdomadaire de 40h/sem, le Tribunal a procédé à une bonne appréciation. Il conteste avoir pu compenser les heures supplémentaires réalisées par du temps équivalent, et expose que, nonobstant la clause de non-rémunération figurant à l'art 5 let. a du Statut du personnel de 1988, les Ambassadeurs lui auraient crédité des jours de congé sur son compte vacances – jours qu'il répète n'avoir cependant pas pu prendre.

o)

39. A l'audience de ce jour, les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives.
40. L'Etat défendeur, représenté à nouveau par H\_\_\_\_\_, vice-consul au Consulat général, assisté de Me Dominique HENCHOZ, a, entre autres, confirmé la déclaration qu'il a faite devant le Tribunal, à savoir qu'au 31 janvier 2001 (sic), il restait au demandeur un solde de 39 jours de vacances à prendre. Cela étant, il a ajouté que le demandeur était à même de prendre ce solde en nature durant son préavis libéré. Enfin, s'agissant des jours figurant sous rubrique "Rajout" du tableau des vacances (pièce 24 dem), il a précisé qu'il s'agissait de jour de congé crédités sur le compte vacances en compensation de quelques heures supplémentaires (PV, 7. 10. 2004, p. 8).
41. Le demandeur, assisté de Me Jean-Bernard WAEBER, a estimé que la "différence entre le décompte final du chapitre vacances (49,5 jours selon son propre décompte, et 39 jours selon décompte de la Mission) pourrait s'expliquer par le fait que la Mission, dans son calcul des jours de vacances, tenait compte non seulement des jours ouvrables, mais aussi des jours fériés (PV, 7. 10. 2004, p.9).
42. A l'issue des débats, la cause a été retenue en délibéré.

## **DROIT**

### A. RECEVABILITE

1. Les deux appels principaux ayant été interjetés selon les formes et délai prévus par la loi, ils sont recevables (art. 59 LJP).
2. Vu les appels croisés et les conclusions y formulées, seules restent litigieux, en dernière instance cantonale, les chapitres relatifs aux heures supplémentaires, aux vacances et aux primes assurance-maladie

### B) DROIT APPLICABLE

a) En général

3. A supposer que l'on ait affaire à un contrat de travail *international*, le droit du travail applicable, à défaut d'une élection de droit valable, est celui du lieu du travail ("lex loci laboris"; cf. art. 121 al. 1 LDIP).
4. Ce rattachement objectif s'applique également aux contrats de travail du personnel subalterne, recruté sur place, des postes diplomatiques et consulaires, peu importe, au demeurant, la nationalité de l'employé (JAR 1998 229, *M. c/ Arabie Séoudite*; cf. Tascher, Arbeitsvertragsstatut und zwingende Bestimmungen nach dem Europäischen Schuldvertragsübereinkommen, Frankfurt a. M., 2003, p. 165; Kren Kostkiewicz, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, 2<sup>e</sup> éd., 2004, N. 6 ad art. 121 LDIP).
5. Les parties eussent-elles choisi le droit de l'Etat employeur, les normes impératives du droit du travail de l'Etat accréditaire se seraient imposées de toute façon (cf. CAPH, Gr. 5, 22. 5. 2003, *K c/ Grèce*; CAPH, Gr. 4, 10. 6. 2004, *S. c/Indonésie*; Gamillscheg, "Rules of Public Order in Private International Labour Law", RCADI, 1983, vol. III, p. 288, p. 323-324).

b) Chauffeurs en particulier

6. En Suisse, les chauffeurs de véhicules automobiles légers et leurs employeurs (qu'ils soient personnes physiques ou morales) sont assujettis, de manière *impérative*, à l'Ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules légers affectés au transport de personnes du 6 mai 1981 (OTR 2; RS 822.222; Bussy/Rusconi, Commentaire LCR, Lausanne 1996, N. 4. 2. 1 ad art. 56 LCR]; cf. également art. 71 lit. a LT)
7. Prise en application de l'art. 56 de la loi fédérale sur la circulation routière (LCR, RS 741.0), l'OTR 2 – tout comme l'OTR 1 qui concerne les véhicule lourds – s'applique, pour des raisons de sécurité routière, et partant, d'ordre public, à tout véhicule automobile privé immatriculé en Suisse, quel que soit le type de plaques de contrôle (Bussy/Rusconi, Code suisse de la circulation routière, Commentaire, Lausanne, 1996, N. 1 ad art. 56 LCR; Bollag, Die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer, Zurich, 1994, p. 10).
8. Cette Ordonnance s'applique notamment aux chauffeurs des Missions diplomatiques et des chauffeurs au service privé des diplomates, et à leurs employeurs respectifs (CAPH, Gr. 5 14. 5. 2001, *M. c/ République du Sénégal*; CAPH Gr. 12, 17. 2. 1998, *M. c/ Arabie Séoudite*; CAPH, Gr. 12, 27. 11. 1996 *M. c/ Egypte*; Gloor, Employer

States and Sovereign Immunity. Cases and Materials, Geneva, Jurilivres, 1999, p. 19)  
7

9. A teneur de l'art. 5 al. 1 OTR 2, la durée maximale de la semaine de travail du chauffeur est de 48 heures.
10. La notion durée de travail englobe non seulement le temps de conduite ("Lenkzeit"), mais également le temps d'attente ("Wartezeit") du chauffeur – c'est-à-dire du temps où il ne peut s'éloigner de la voiture et disposer de son temps (Bussy/Rusconi, N. 6.1. 1. ad art. 56 LCR; Bollag, op. cit., p. 20; ATF 4C.407/1999 du 26. 1.2000).
11. L'art. 6 al. 3 OTR 2 précise que le travail supplémentaire peut être compensé, soit sous la forme d'une rémunération additionnelle selon le code des obligations (i. e. art. 321 c al. 3 CO; majoration au taux de 125%), soit par un congé de même durée au moins. Le chauffeur a droit à 1 jour et demi de congé par semaine (art. 12 OTR 2).
12. L'Ordonnance impose, par ailleurs, au chauffeur et à son employeur une série d'obligations. Le chauffeur doit tenir un *livret de travail* contenant des *feuilles hebdomadaires* sur lesquelles le chauffeur inscrira à la main la durée du travail, de la conduite et du repos – données qui sont nécessaires pour les contrôles de police (art. 17). Il incombe à l'employeur de lui remettre ce livret de travail au début des rapports de service (art. 22 al. 3 OTR 2). Le chauffeur doit remettre à l'employeur, à intervalles réguliers, les feuilles hebdomadaires et quotidiennes de son livret de travail, dûment remplies (art. 18 al. 7 OTR 2). Le livret de travail (contenant le double des souches) sera rendu à l'employeur lorsque les rapports de service auront pris fin (art. 18 al. 8 OTR 2).
13. L'employeur veillera à ce que le chauffeur lui remette régulièrement les feuilles hebdomadaires du livret de travail. (Bollag, op. cit. p. 77). Il contrôlera à l'aide de ces feuilles si les dispositions sur la durée du travail, de la conduite et du repos sont respectés. A cet effet, il inscrira, pour chaque chauffeur, les indications suivantes dans un registre: a) la durée quotidienne de conduite, b) la durée totale du travail par jour et par semaine, c) le nombre des *heures supplémentaires accomplies et compensées ou rémunérées* au cours d'une semaine ainsi que dans l'année civile (art. 21 al. 1 OTR 2) (cf. ATF 4C.146/2003 du 28. 8. 2003 cons.5.2.1)..

### c) Objections contre l'application de l'OTR 2

14. Après avoir plaidé l'application de l'OTR 2 en première instance, le demandeur conteste son application en appel motif pris dans le libellé de l'art. 3bis (introduit le 1<sup>er</sup>

---

<sup>7</sup> ) L'OTR 2 s'applique également – quoi qu'en dise le Contrat-type de l'économie domestique genevois– d'une façon générale à tous les chauffeurs d'un ménage privé (cf. CAPH, Gr. 5, 9. 12. 2003, *Rodriguez*).

mai 1998, RO 1998 1118) qui semble limiter le champ d'application de l'Ordonnance aux courses *professionnelles à but lucratif*.

15. Le moyen est infondé. La ratio legis des réglementations successives OTR 1962, OTR 1966, OTR 1981 (scindé en 1995 en OTR 1 et OTR 2) est restée la même: assurer la sécurité de la circulation routière en réglementant la durée de travail, de présence et de repos des conducteurs professionnels, encore qu'elle ait simultanément pour objet de protéger les employés (Bussy/Rusconi, N. 4.3 ad art. 56 LCR).
16. Ensuite, doctrine et jurisprudence reconnaissent un caractère professionnel non seulement au transport régulier de personnes qui est payant, mais également au transport régulier de personnes effectué *pro domo* de l'employeur ("Werktransporte", "Eigentransporte"; cf. ATF 91 I 62 *Bally*; 104 IV 263;; Bussy/Rusconi, N. 5.2.1. *in fine* ad art. 56 LCR; Bollag, op. cit., p. 14 considérant qu'un résultat économique indirect suffit).
17. Enfin, si les chauffeurs des représentations diplomatiques n'étaient pas assujettis à l'OTR 2, ils seraient corvéables à merci, au détriment de leur santé et de la sécurité routière.
18. En effet, ces chauffeurs ne tomberaient déjà pas dans le champ d'application du Contrat-type de l'économie domestique genevois (RS/GE/J/1.50.03) – car ce texte ne s'applique qu'aux ménages privés (art. 1 al. 1 CTT. Or, une Mission diplomatique n'est, à l'évidence, pas un "ménage privé". Et puis l'horaire hebdomadaire fixé par l'art. 12 CTT n'est pas – à la différence de l'horaire prévu par l'OTR 2 – un horaire *impératif*; les parties peuvent y déroger au détriment du salarié, à condition d'observer la forme écrite (cf. art. 4 CTT) <sup>8</sup>.

### C) HEURES SUPPLEMENTAIRES / TRAVAIL SUPPLEMENTAIRE

#### a) Heures supplémentaires. Principes

##### aa. Horaire

19. A teneur de la jurisprudence et de la doctrine, les heures ad art. 321 c CO, les heures supplémentaires représentent les heures fournies au-delà de l'horaire [généralement hebdomadaire] convenu par contrat, ou, à défaut, fixé dans une convention collective de travail ou dans un contrat-type applicables, ou enfin, qui dépassent l'horaire usuel dans l'entreprise respectivement dans la branche (ATF 129 V 105 cons. 3.1; ATF 123 III 469 cons. 2a [cons. 2a non publié]; 116 II 70 cons. 4a; ATF JAR 1999 145; Kneubühler-Dienst, "Ueberstundenarbeit", in: *Arbeitsrecht in der Verbandspraxis*,

---

<sup>8</sup> )Dans la mesure où le Contrat-type de l'économie domestique genevois prétend également réglementer les conditions de travail des chauffeurs, il se heurte manifestement au droit fédéral qui prime.

Berne, 1993, p.147; Stahelin, Zürcher Kommentar, 1983, N. 1 ad art. 321 c CO; Müller, Die rechtliche Behandlung der Ueberstundenarbeit, Zurich, 1983, p. 40 - 41).

20. En l'espèce, les parties n'ont pas fixé d'horaire journalier ou hebdomadaire. Elles sont simplement convenues que le demandeur peut être appelé à déployer son activité durant dans un espace-temps de "6 jours" de la semaine. Les parties ne sont pas non plus concernées par une convention collective de travail ou par un contrat-type de travail.
21. Qu'en est-il de l'horaire "usuel" dans "l'entreprise" *in casu* ? Les 32h30 d'ouverture hebdomadaire de la Mission permanente de l'Etat défendeur peuvent servir, cas échéant, comme indice du temps de travail normal du *personnel de bureau*; en revanche, ce temps "normal" ne saurait concerner un *chauffeur de Mission* affecté aux *déplacements professionnels de l'Ambassadeur*. Le temps-cadre fixé par les parties (6 jours) permet d'ailleurs d'inférer une volonté hypothétique des parties consistant à se référer à (ou faire intervenir) un autre horaire que celui de la Mission.
22. Cet autre horaire découle, à l'évidence, de ce qui se pratique, en général, dans la "branche des chauffeurs des Représentations diplomatiques ou consulaires" à Genève. Les jurisprudences d'appel susmentionnées ainsi que les jurisprudences de première instance de la Juridiction des Prud'hommes de Genève rendues ces vingt dernières années – montrent que cette "branche" a tendance de s'orienter à l'horaire hebdomadaire fixé par l'OTR 2 (anciennement: OTR), c'est-à-dire d'observer, comme temps contractuellement convenu un horaire hebdomadaire de 48 heures<sup>9</sup>.
23. La Cour retiendra donc qu'en l'espèce l'horaire usuel (au sens de l'art. 321 c al. 1 CO) du demandeur coïncide avec l'horaire maximum légal prévu par l'art. 5 al. 1 OTR 2, soit 48 h/sem.

bb. HS: Non-indemnisation par suite d'accord écrit, art. 321 c al. 3 CO

24. Si toutefois l'on devait retenir, par impossible, un horaire de base hebdomadaire de 32h30 (cette thèse n'étant que mollement défendue par le demandeur), ou les 40 h. manifestement trouvées "en équité" par le Tribunal, force serait de se rappeler que le demandeur est concerné par un Statut du personnel 1988 dont l'art. 5 prévoit explicitement que "*no remuneration is granted for overtime work*".

---

<sup>9</sup> ) L'on notera que l'horaire de 48 h est également celui que fixe le Contrat-type de travail genevois pour les chauffeurs au service de "ménages privés" (soit donc aussi pour les chauffeurs au service privé de diplomates ou de Haut fonctionnaires internationaux). Par ailleurs, c'est également, à peu de choses près, l'horaire pratiqué dans la branche des chauffeurs de taxis salariés à Genève ( 46 h, cf. CCT chauffeurs de taxis du 20. 3. 2002) et dans d'autres cantons (cf. jugement Tribunal du district de Locarno, 3. 9. 1996 in: "Employeur suisse", 1999, p. 1095: 48 heures), voire dans la branche des chauffeurs de cars (cf. faits exposés dans ATF 4C.407/1999 du 25. 1. 2000).

25. En effet, à teneur de l'art. 321 c al. 3 CO, "l'employeur est tenu de rétribuer les heures supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins, *sauf clause d'un accord écrit...(...)*"i".
26. La dérogation écrite n'a pas besoin de figurer dans le contrat de travail signé des parties; elle peut figurer dans un Règlement du personnel. Il suffit que – comme en l'espèce - le contrat de travail signé se réfère explicitement au Règlement du personnel et que l'employé en ait reçu copie (très explicite à ce sujet: dans un cas similaire: ATF 4C.196/1993 du 4. 1. 1994 *Stettler* cons. 1 a mentionné in: SJZ/RSJ 1994, p. 311; Senti "Ueberstunden", AJP/PJA 2003, p. 393; Schmidlin, Berner Kommentar, 1986, Allgemeine Erläuterung zu Art. 12 – 18 OR N. 20; plus exigeant: Stöckli, Allgemeine Arbeitsbedingungen, Berne, p. 190).

#### cc. Conséquences

27. Vu ce qui précède, le demandeur n'est pas fondé à réclamer une indemnisation au titre d' "heures supplémentaires" pour les heures fournies jusqu'à la 48<sup>ème</sup> heure hebdomadaire.

#### b) Travail supplémentaire

28. La rétribution des heures supplémentaires, soit celles dépassant l'horaire contractuel (ou usuel), est réglée par l'art. 321 c CO; dès que les heures supplémentaires dépassent le maximum légal – soit, dans le cas d'un chauffeur soumis à l'OTR 2, la limite des 48h. par semaine, elles constituent du *travail supplémentaire* et doivent impérativement, en vertu du *droit public*, faire l'objet d'une rétribution comprenant le salaire horaire de base majoré de 25% (cf. arts 5 al. 1; 6 al. 3 OTR 2; cf. ATF 126 III 337; Bollag, op. cit., p. 25)
29. En clair, les parties ne peuvent valablement convenir de la non-indemnisation du *travail supplémentaire* ("Ueberzeitarbeit") défini par le droit public (LT, OTR par renvoi de l'art 71 let. a LT; ATF 126 III 337, cons. 6 c; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, Lausanne, 2004, N. 11 ad art. 321 c CO; Müller, op. cit., p. 138; Wyler, Droit du travail, Berne, 2002, p. 86).

#### c) Preuve, non-annonce, compensation, abus de droit

30. La preuve des heures supplémentaires, respectivement du *travail supplémentaire*, incombe au travailleur (art. 8 CC).
31. Si l'employeur ne tient pas une planification ou un registre des heures de travail comme le lui impose – dans certaines branches – la loi (art. 21 OTR 2) ou une convention collective de travail (hôtellerie, restauration), il lui appartient de prouver

que les heures supplémentaires ou le travail supplémentaire allégués n'ont pas été effectués (TC TI JAR 1997 p. 123).

32. En principe, il incombe au travailleur d'annoncer les heures supplémentaires ou le travail supplémentaire "sans tarder". Toutefois, la non-annonce "immédiate" des heures supplémentaires ou du travail supplémentaire dont l'employeur n'ignoraient pas – ou ne pouvait raisonnablement ignorer – l'existence, ne porte pas préjudice au travailleur; il peut les faire valoir encore à l'issue des rapports de travail (ATF 116 II 71; Senti, op. cit., p. 376).
33. Par ailleurs, un demandeur n'abuse nullement de son droit en invoquant l'art. 341 al. 1 CO, aux termes duquel le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective. En effet, selon une jurisprudence fermement établie, il serait contraire à l'esprit de la loi de priver le travailleur, par le biais de l'art. 2 al. 2 CC, de la protection accordée par cette disposition, sauf circonstances tout à fait particulières (ATF 126 III 337 cons. 7; Wyler, op. cit., .90).
34. Dans le cas d'espèce, il eût incombé à l'employeur, *ex lege*, de faire tenir au demandeur un *livret de travail*, de se faire remettre régulièrement les feuilles hebdomadaires, de tenir un registre des heures de travail effectuées. Ce qu'il n'a pas fait. Il est dès lors malvenu à soulever un grief tiré de la tardiveté respectivement de l'abus de droit.
35. La Cour, après avoir examiné soigneusement les relevés horaires produits par le demandeur, a acquis la conviction que leur contenu, soit le nombre d'heures effectuées, est exact. Ainsi, durant ses vacances, ces feuilles ne contiennent pas d'inscription et un nombre d'heures réduit durant les mois du Ramadan. Par ailleurs, elles sont étayées, de surcroît, par les ordres de mission attachés aux relevés.
36. Il incombe à l'employeur d'apporter la preuve que le travailleur a pu *compenser* en temps les heures supplémentaires / travail supplémentaire allégués (cf. art. 8 CC; Prof. Geiser, "Ueberstunden und Ueberstundenkompensation", in: WBS/HSG, Aktuelle Probleme im Arbeitsrecht, Seminar vom 24. 9. 1999, p. 10).
37. En l'espèce, l'Etat défendeur allègue que, si tant est que le demandeur ait effectué "des heures supplémentaires", il s'est vu créditer des jours de vacances sur son compte vacances, et, affirme-t-il, l'intéressé les a pu prendre.
38. L'Etat défendeur n'apporte pas la preuve que les "jours rajouts" aient pu être pris; le demandeur le conteste formellement.
39. A ce propos, il eût été concevable, pour l'Etat défendeur de soutenir et *de prouver* que le demandeur pouvait s'absenter et disposer de son temps, et partant compenser d'éventuelles heures supplémentaires/ ou un éventuel travail supplémentaire, durant ses temps d'attente (i. e. s'éloigner de la voiture, se rendre en ville). Le demandeur a

concedé avoir pu de temps à autre disposer de son temps, mais c'était rare – le dernier Ambassadeur (M. C \_\_\_\_\_) exigeant sa présence permanente.

40. L'on ajoutera, par ailleurs, que l'employeur ne saurait ordonner la compensation en temps d'heures supplémentaires/ travail supplémentaires sans le consentement du travailleur (Senti, op. cit. p 381 et p. 386; Wylér, op. cit. p. 93).
41. La Cour retiendra donc que le demandeur est fondé à réclamer l'indemnisation, au taux de base majoré de 25% , des heures de travail effectuées au-delà de la limite hebdomadaire de 48 h.

c) Calculs

42. Sur la base des relevés d'heures de travail, tels qu'ils ont été reproduit dans le jugement, et de l'analyse juridique qui précède, la Cour procède aux calculs suivants:

Année	semaine du	heures effectuées	horaire légal OTR 2	heures supplément.	salaire mens.	taux horaire	taux maj.	montant dû	Totaux semestriels
1.1-30.6.96	15.4.-21.4.	55.5	48	7.5	4945	23.8	29.75	223.125	
	22-4.-28.4	50	48	2	4945	23.8	29.75	59.5	
	6 5.-12.5.	56.5	48	8.5	4945	23.8	29.75	252.875	
	20.5 -26.5.	58.75	48	10.75	4945	23.8	29.75	319.8125	
	3. 6 -9. 6	57	48	9	4945	23.8	29.75	267.75	
	10.6-16. 6	80	48	32	4945	23.8	29.75	952	
	24.6 -30. 6	51.25	48	3.25	4945	23.8	29.75	96.6875	
				73			29.75	2171.75	2171.75
1.7-31.12.96	14.10-19.10	61	48	13	6009	28.91	36.14	469.82	
	28.10-3. 11	56.25	48	8.25	6009	28.91	36.14	298.155	
				21.25			36.14	767.975	767.975
1.1.-30.6.97	17.2.-23.2	57	48	9	6009	28.91	36.14	325.26	
	28.4- 4.5	56.25	48	8.25	6009	28.91	36.14	298.155	
	5. 5 -- 11.5	53.25	48	5.25	6009	28.91	36.14	189.735	
	2.6 - 8. 6	49.75	48	1.75	6009	28.91	36.14	63.245	
	9.6 - 15. 5	59.5	48	11.5	6009	28.91	36.14	415.61	
				35.75			36.14	1292.005	1292.00
1.7-31.12.97	1.9.-7. 9	55.75	48	7.75	6084	29.27	36.59	283.5725	
	29.9.-5.10	79.5	48	31.5	6084	29.27	36.59	1152.585	

	20.10-26.10	51.5	48	3.5	6084	29.27	36.59	128.065		
	17.11-23.11	55.75	48	0.25	6084	29.27	36.59	9.1475		
				43			36.59	1573.37	1573.37	
1.1.- 30.6.98	9.2-15.2	50.75	48	2.75	6048	29.27	36.59	100.6225		
	2.3.-8.3	54	48	6	6048	29.27	36.59	219.54		
	11.5-17.5	61.5		13.5	6048	29.27	36.59	493.965		
	8.6.-14.6	59.5		11.5	6048	29.27	36.59	420.785		
				33.75			36.59	1234.912	1234.91	
1.7.- 31.12.98	29.6.-5.7	53.75	48	5.75	6159	29.63	37.04	212.98		
	9.11-15.11	52.75	48	4.75	6159	29.63	37.04	175.94		
	23.11-29.11	60	48	22	6159	29.63	37.04	814.88		
				32.5			37.04	1203.8	1203.8	
1.1.- 30.6.99	21.6-27.6	48.5	48	0.5	6159	29.63	37.04	18.52	18.52	
1.7.- 31.12.99	12.7.-18.7	53.5	48	5.5	6234	29.99	37.49	206.195		
	25.10-31.10	60.25	48	12.25	6234	29.99	37.49	459.2525		
	15.11-21.11	58	48	10	6234	29.99	37.49	374.9		
				27.75			37.49	1040.347	1040.34	
1.1.- 30.6.00	7.2-13.2	53	48	5	6234	29.99	37.49	187.45		
	20.3-36.3	49.25	48	1.25	6234	29.99	37.49	46.8625		
	8.5-14-5	56	48	8	6234	29.99	37.49	299.92		
	19.6.-25.6	50.75	48	2.75	6234	29.99	37.49	103.0975		
				17			37.49	637.33	637.33	
1.7.- 31.12.02	26.6-2.7.	53.75	48	5.75	6309	30.36	37.95	218.2125	218.21	
<b>TOTAL</b>										<b>10158.2</b>

43. En conséquence, l'Etat défendeur sera condamné à verser au demandeur la somme nette de Fr. 10'158,20 à titre d'indemnités pour "heures supplémentaires" (recte: travail supplémentaire).

D) VACANCES

a) Principes

44. La preuve que le travailleur a pu prendre des vacances, et de combien de jours, incombe à l'employeur (art. 8 CC (4C.371/2000 du 1. 4. 200 cons. 2 b; 128 III 271, cons. 2 a/bb).
45. Lorsque le nombre exact des jours de vacances accordés et pris ne peut être établi, le juge peut estimer le solde encore à prendre en application analogique de l'art. 42 al. 2 CO (cf. ATF 128 III 271, cons. 2 b).

b) En l'espèce

46. Les parties concordent sur la date des vacances prises de 1991 à fin septembre 2000. Elles sont en désaccord quant au nombre de jours de vacances encore ouverts à fin 1999 d'une part, – et, du fait du préavis non presté, à la fin des rapports de travail, le 31 janvier 2001, d'autre part. Il n'est pas contesté, enfin, que le demandeur bénéficiait d'un droit contractuel de 30 jours (ouvrables) de vacances par an.
47. Selon la présentation des faits par le demandeur, il bénéficiait, à fin 1999, d'un solde vacances non encore pris de 47 jours. L'Etat défendeur pour sa part concède qu'à fin 1999, il restait au demandeur un solde de 39 jours à prendre.
48. La différence entre les deux chiffres des parties semble, en effet, être dû au fait que l'Etat défendeur – ses relevés, vérification avec d'anciens calendriers faite – a apparemment compté comme "jours de vacances" tous les jours d'une période de vacances, soit donc non seulement les 5 jours ouvrables, mais également les jours des week-ends.
49. En l'espèce, l'examen minutieux des relevés de vacances respectifs des parties (cf. tableau sous No. 31, "En fait") a conduit la Cour à retenir, en fait, qu'à fin 1999, le demandeur était encore créancier de 44 jours de vacances non pris (il a échappé au demandeur que deux 1<sup>er</sup> août sont tombés sur des week-ends).
50. A ce propos, la Cour ne saurait se rallier à l'avis implicite du Tribunal selon lequel les reports annuels de jours de vacances non pris se heurteraient à l'objection de prescription (art. 128 ch. 3 CO) soulevée par l'Etat défendeur. Il partage l'avis exprimé par le *learned counsel* du demandeur<sup>10</sup>, à savoir qu'en cas de jours de vacances à reporter, le travailleur "consomme" en priorité les jours reportés, avant de consommer les jours afférents à l'année en cours.
51. Par ailleurs, dans la mesure où la fixation de la date des vacances incombe à l'employeur (cf. art. 329 c al. 3 CO; Cerottini, Le droit aux vacances, Lausanne, 2001,

---

<sup>10</sup> ) A ce jour, aucun auteur ne semble s'être penché sur la question. Le tout dernier commentaire sur le droit du contrat de travail – le Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez (Lausanne, septembre 2004) ne la traite pas non plus.

p. 224), c'est à lui – et non pas au travailleur – d'éviter l'accumulation des jours à reporter. Par conséquent, l'employeur ne saurait se prévaloir de l'art. 128 ch. 3 CO (prescription quinquennale) pour s'opposer à un décompte-report tel que présenté dans le cas d'espèce.

52. Le demandeur ayant pris, dans la période du 1<sup>er</sup> janvier 2000 au 26 septembre 2000 (date de son licenciement avec dispense d'effectuer le préavis) 29 jours, il lui restait à prendre, au début de la période de préavis, un solde de 45 jours.(40 + 1).

c)

53. A teneur de l'art. 329 d al. 2 CO, "Tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent".
54. L'Etat défendeur, se prévalant de cette disposition, soutient que le demandeur eût été à même de prendre ses jours de vacances encore ouverts (que leur nombre soit 39 ou davantage) *durant* la période du préavis (soit du 26. 9. 2000 – 30. 11. 2000, prolongé au 31. 1. 2001 du fait d'une incapacité de travail du 24. 11. 2000 – 10. 1 2001).
55. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la règle posée à l'art. 329 d al. 2 CO n'est pas absolue et connaît des exceptions lorsque le travailleur n'est plus à même de jouir de ces vacances durant le préavis. En effet, une fois le contrat dénoncé, le travailleur doit souvent chercher un autre emploi. Ces recherches, dans un marché de travail difficile, sont incompatibles avec la prise effective de vacances et la récupération qu'elles doivent permettre.
56. Selon le Tribunal fédéral, il faut examiner dans chaque cas, au vu de l'ensemble des circonstances, telles que la durée du délai de congé, la difficulté de trouver un autre travail et le solde des vacances à prendre, si l'employeur pouvait exiger que les vacances fussent prises pendant le délai de congé ou s'il devait les payer en espèces la fin des rapports de travail (ATF SJ 1993 p. 354; 128 III 271, cons.4 a/aa).
57. La jurisprudence et la doctrine considèrent que la prise de vacances ne saurait être imposée au travailleur lorsque le préavis est inférieur à 3 mois et que le nombre de jours de vacances dépasse "quelques jours" (cf. Cerottini, op. cit., p. 226; Streiff/ Von Kaenel, Arbeitsvertrag, Zurich, 1992, N. 11 ad art. 329 c CO).
58. En l'occurrence, le total des jours (ouvrables) libérés durant la période du 26 septembre 2000 (compte non tenu de la période d'incapacité de travail) au 31 janvier 2001 s'élève, à environ 55 jours ouvrables. La créance totale en jours de vacances à prendre, étant de 45 + 2,5 (2,5 jours afférents à la période du 1. 1. 2001 – 31. 1. 2001, non-contestés), soit donc de 47,5 jours, il paraît exclu, au vu des principes sus-évoqués et de l'importance de ce crédit en jours de vacances par rapport à la durée du préavis, que le demandeur ait été tenu de les prendre en nature durant son préavis.

c) Calculs

59. Crédit en jours de vacances non pris: 47, 5 jours  
Valeur jour ouvrable: Salaire mensuel (en 2000) : Fr. 6'234 / 21,75 jours = Fr. 286,62.  
Indemnité – vacances due: 47,5 X 285,62 = Fr. 13'614,50

#### E) PRIMES ASSURANCE-MALADIE/ACCIDENT

60. A teneur de l'art. 4 du contrat de travail du 24 janvier 1991, le demandeur a droit à la prise en charge, par l'Etat défendeur, d'"une assurance contre la maladie et d'une autre contre les accidents *aux frais de la Mission*".
61. Par ailleurs, à teneur de la Directive DFAE CD 3 relative au recrutement du personnel administratif et technique ainsi que du personnel de service par les Missions permanentes à Genève, du 1<sup>er</sup> avril 1987, les Etats accréditants sont tenus de prendre en charge les frais médicaux et d'hospitalisation de leurs employés locaux. Pour limiter les risques, de nombreux Etats accréditant assurent ce personnel collectivement auprès d'une assurance-maladie, ou prennent en charge les primes d'assurance versées par les intéressés.
62. Selon la jurisprudence, l'Etat accréditant doit, lorsque l'employé local s'est affilié lui-même, à ses propres frais, auprès d'une assurance-maladie, *rembourser* à l'employé la totalité des primes payées (cf. TPH, Gr. 12. 3. 1997, *O. c/ Arabie Séoudite*; TPH, Gr. 9, 15. 11. 1999, *M. c/ République du Yémen*).
63. Le versement, par l'Etat défendeur, d'une simple *participation* mensuelle à ces frais de primes mensuelles (cf. No. 38 – 39 "En fait", *supra*) n'est évidemment pas conforme aux obligations contractuelles qu'il a assumées, ni à celles que lui a imposées l'Etat hôte.
64. Le décompte différence présenté par le demandeur n'ayant pas été contesté dans son exactitude factuelle et mathématique, il suffit de s'en référer:

Année	Montant versé	Prime payée	Différence	Solde dû
1998	11 X Fr. 250.--	11 X Fr. 280.-	11 X Fr. 30.--	Fr. 330.--
1999	12 X Fr. 250.--	12 X Fr. 293,10	12 X Fr. 43,10	Fr. 517,20
2000	11 X Fr. 250.--	11 X Fr. 319,20	11 X Fr. 69,20	Fr. 761,20
12.2000	0	Fr. 319.--	319.--	Fr. 319.--
1. 2001	0	Fr. 319.--	319.--	Fr. 319.--
Total				<b>Fr. 2'246,40</b>

65. En conséquence, l'Etat défendeur sera condamné à verser au demandeur le montant de Fr. 2'246,40 à titre de prise en charge du différentiel primes assurance-maladie.

## F) INTERETS MORATOIRES

66. Le demandeur – dans les chapitres restés litigieux (heures supplémentaires, vacances, primes assurance maladie – fait courir l'intérêt moratoire dès "la date moyenne" des prétentions respectives.
67. La Cour ne partage pas ce point de vue. Le cours des intérêts moratoires suppose, à teneur de la loi, l'exigibilité de la créance d'une part, et une *mise en demeure*, d'autre part (cf. art. 102 al. 1 CO).
68. Le demandeur semble croire qu'en matière salariale, la fin d'un mois constituerait un cas de *dies interpellat pro homine* au sens de l'art. 108 al. 1 CO, une mise en demeure n'étant pas nécessaire.
69. Or, tel n'est pas le cas. Sauf clause contraire (art. 108 CO), ce n'est pas l'exigibilité de la créance qui fait courir l'intérêt moratoire, mais la *mise en demeure* du débiteur d'une créance exigible (art. 102 al. 1 CO cum art. 104 al. 1 CO; De Feo, Die Fälligkeit von Vertragsforderungen, Zurich, 2001, p. 290, "*Kein Verzug ohne Mahnung*").
70. Cette règle trouve également application en matière de créances issues d'un contrat de travail (cf. Streiff/ Von Kaenel, op. cit., N. 3 ad art. 323 CO; Rehbinder, Berner Kommentar, 1985, N. 24 ad art. 323 CO; Von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 2, Zurich, 1974, p. 139; Weber, Berner Kommentar, 2000, N. 111 ad art. 102 CO; Wiegand, Basler Kommentar, 1996, N. 10 ad art. 10 CO; Ramoni Demeure du débiteur et contrats de droit suisse, Zurich, 2002, p. 191; TC GR JAR 1988 p. 204 cons. 3; VerwGer ZH, 5. 3. 2003 in: Rechenschaftsbericht 2003 p. 244).
71. Le Tribunal fédéral, relevant que la question est controversée, a laissé la question ouverte (ATF 123 III 666 cons. 7.4; ATF 4C.2/2003 du 25. 3. 2003).
72. En l'absence d'autres éléments valant interpellation, la Cour fera courir l'intérêt moratoire à compter du jour du dépôt de la demande, soit à compter du 12 février 2001.

## G) SUBROGATION DE LA CAISSE AC

73. La Caisse cantonale genevoise de chômage, partie intervenante, a fait valoir une créance subrogatoire de Fr 5'585,85 avec intérêts moratoires 5% dès le 20 février 2001.
74. Selon le droit international public, en l'absence d'accords contraires, un Etat n'est pas recevable à solliciter, sur le territoire de l'Etat du for, l'adjudication et l'exécution forcée de créances de droit public.
75. En l'espèce, au travers de l'intervenante, organisme public, c'est en définitive l'Etat suisse qui fait valoir une créance, a priori de droit public, à l'encontre de l'Etat défendeur.
76. Ce n'est pas la subrogation – prévue par la loi (LACI) qui pose problème – mais le fait qu'elle soit articulée à l'encontre d'un *Etat étranger*.
77. L'on pourra objecter qu'une créance issue d'un rapport de droit privé (contrat de travail) ne mute pas, du simple fait que la subrogation soit articulée par un organisme public, en *créance de droit public* (cf. Dormann Bessenich, Der ausländische Staat als Kläger, Bâle, 1993, p. 143).
78. Le Tribunal fédéral semble avoir tranché – du moins pour la pratique suisse – la question examinée. Ainsi, il a admis - toutefois sans examiner la question sous l'angle du droit international public - que l'Etat de Bavière fasse valoir, en Suisse, à titre de créancière patronale, à l'encontre d'un automobiliste suisse, respectivement de son assureur RC, le salaire qu'il a dû verser à son fonctionnaire accidenté durant son incapacité de travail (ATF 126 III 521).
79. Par conséquent, la Cour confirme donc la subrogation de l'intervenante (jugement, dispositif, No. 4)..
80. La Caisse de chômage est toutefois invitée à user de tact et de diplomatie lors de l'encaissement du montant subrogé et de traiter ce dossier à l'étage de la direction.

#### H) RECAPITULATION

81.	Montant dû à titre d'indemnisation pour heures supplémentaires (recte: travail supplémentaire)	Fr. 10'158,20
	Montant dû à titre d'indemnité-vacances	Fr. 13'614,50
	Montant dû à titre de différence primes assurance maladie	Fr. 2'246,40
	Total	<b><u>Fr. 26'019,10 net</u></b>

82. Ce montant est un montant **net**, dès lors – comme il a été rappelé dans l'arrêt de la Cour du 5 décembre 2002 – l'Etat défendeur est exempté de l'obligation de payer des cotisations sociales.
83. Il y a lieu, en conséquence, de préciser dans ce sens, les points 5 et 6 du dispositif du jugement.

#### H) EMOLUMENT D'APPEL

84. L'Etat défendeur a obtenu, du fait de son appel, une réduction substantielle du poste réclamée au titre d'indemnité pour heures supplémentaires. Toutefois, il a succombé à nouveau dans le chapitre des vacances. Enfin, l'examen du dossier heures supplémentaires a nécessité un travail considérable – qu'une tenue d'un registre des heures effectuées, et partant du travail supplémentaire, conformément à la loi, eût probablement permis d'éviter.
85. Compte tenu des circonstances, la Cour dira que l'émolument d'appel versé par l'Etat défendeur (Fr. 400.-) reste acquis à l'Etat de Genève.

#### **PAR CES MOTIFS,**

La Cour d'appel des Prud'hommes, Gr. 5

#### **A la forme**

Reçoit les appels interjetés par les parties à l'encontre du jugement du Tribunal des Prud'hommes du 17 décembre 2003;

#### **Au fond**

Annule ledit jugement dans les points de son dispositif Nos 6,7, 8 et 9;

Cela fait et statuant à nouveau

Condamne l'ETAT DE E\_\_\_\_\_ à payer à T\_\_\_\_\_ la somme nette de Fr. 26'019,10 avec intérêts moratoires 5% l'an dès le 12 février 2001;

Précise, à toutes fins utiles, que les montants adjugés sous No. 5 de son dispositif s'entendent nets;

Confirme le jugement entrepris pour le surplus.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Dit que l'émolument d'appel versé par l'Etat défendeur reste acquis à l'Etat de Genève.

Charge le greffe de communiquer copie du présent arrêt

- aux parties, à leurs domiciles élus respectifs,
- à la Mission suisse, 9- 11, rue de Varembe, 1211 – GENEVE 20, à titre d'information..

La greffière de juridiction

Le Président