



Monsieur T \_\_\_\_\_  
**Dom. élu:** Me Jean-Bernard WAEBER  
Rue d'Aoste 1  
Case postale 3647  
1211 – Genève 3

État E \_\_\_\_\_  
Ministère des Affaires étrangères  
**Dom. élu:** Me Serge GANICHOT  
Rue Céard 8  
1204 - Genève

**Intimé, demandeur au fond**

**Appelante, défenderesse au fond**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRET**

du 22 mai 2003

M. Werner GLOOR, président

M. Pierre IUNKCKER et M. Daniel FORT, juges employeurs

M. Jean-Pierre GFELLER et Mme Claire DE BATTISTA TRELLES, juges salariés

Mme Philippe GORLA, greffier d'audience

**EN FAIT**

Au vu du dossier, la Cour retient comme établis les faits pertinents suivants:

a)

1. T\_\_\_\_\_, ressortissant suisse depuis 1974, d'origine e\_\_\_\_\_, né en E\_\_\_\_\_ en 1942, a été engagé, à Genève, le 17 mars 2000, en qualité d'huissier et de chauffeur par le Consulat Général de Genève de la E\_\_\_\_\_. (PV, 22. 5. 2003, p. 2).
2. T\_\_\_\_\_ est domicilié à Genève depuis son arrivée en Suisse, en 1961. Il s'y est marié et a eu des enfants. Il possède tant le e\_\_\_\_\_ que le français. (PV, 22. 5. 2003, p. 2). Depuis 1974, il n'a plus la nationalité e\_\_\_\_\_.
3. T\_\_\_\_\_ a été recruté par A\_\_\_\_\_, Consul Général de l'époque. (PV, 22. 5. 2003, p. 3). Les rapports de travail ont commencé le 20 mars 2000 (ibid).
4. Lors de l'engagement, les parties ont signé un contrat rédigé en e\_\_\_\_\_, intitulé: " \_\_\_\_\_", c'est-à-dire "contrat de travail de durée déterminée" (pièce 1 déf). Ce contrat devait échoir le 19 mars 2002 (ibid, art. 3).
5. Selon l'art. 5 de ce contrat, "(...) l'employé n'est pas fondé de prétendre au droit à la retraite (pension) de la part de l'Administration publique e\_\_\_\_\_ et en aucun cas la présente convention ne peut être transformée en un contrat de durée indéterminée" (pièce 1 déf).
6. A teneur de l'art. 6 "le traitement (salaire) s'élève à US \$ 4'200.—<sup>1</sup> par mois (...)" (pièce 1 déf).
7. A teneur de l'art. 7, "la présente convention peut être dénoncée en tout temps par le chef de service de l'autorité employeur pour raison importante, à savoir: dans le cas où l'employé négligerait absolument (ou de quelque façon que ce soit) l'accomplissement des devoirs qui lui ont été assignés ou lorsqu'il a fait preuve d'insuffisance ou qu'il ne s'est pas comporté convenablement dans l'exercice de ses fonctions. Dans ces cas, l'employé n'a pas droit à un dédommagement. Dans les cas où il n'est pas justifié de dénoncer la convention pour raison grave, l'on applique une peine disciplinaire conformément aux dispositions de la loi 2594/98 et aux autres règles relatives aux questions disciplinaires. De plus, le chef de service de l'autorité employeur est en droit de dénoncer en tout temps la présente convention en versant à l'employé le dédommagement légal conformément à la législation suisse<sup>2</sup>" (pièce 1 déf).

<sup>1</sup> ) Au taux de change \$/CHF de l'époque (2000), US \$ 4'200.—correspondaient à fr. 6'900.—(déclaration concordante des parties à l'audience de la Cour du 22.5.2002, PV, p. 3).

<sup>2</sup> ) " \_\_\_\_\_".

8. A teneur de l'art. 9, "l'employé est obligatoirement soumis à la législation suisse sur la sécurité sociale. Les primes et cotisations incombent dans leur totalité à l'employé" (pièce 1 déf).
9. Ce contrat contient, outre des références à la législation suisse, des références à des lois administratives e\_\_\_\_\_ habilitant le Consul Général à procéder à l'engagement de l'employé local. Il ne contient pas de clause d'élection de droit (pièce 1 déf).
10. Le Consulat Général n'a pas conclu d'assurance perte de gain en faveur de T\_\_\_\_\_ – il n'y était pas tenu, à teneur du contrat de travail (pièce 1; PV, 22. 5. 2003, p. 4).

b)

11. A\_\_\_\_\_, Consul Général, a cessé ses fonctions fin décembre 2000. Il a été remplacé, à compter du 31 janvier 2001, par B\_\_\_\_\_, nouvelle Consule Générale (PV; 22. 5. 2003, p. 3).
12. Un mois après l'arrivée de B\_\_\_\_\_, les rapports de travail entre les parties se sont détériorés (PV, 22. 5. 2003, p. 3). T\_\_\_\_\_ a dû, à différentes reprises, le soir, conduire la Consule Générale à des dîners et réceptions, qu'il croyait privés – alors, qu'en réalité, ces vacations, la Consule Générale fraîchement arrivée à Genève, les entreprit dans un but de Représentation de son pays et pour se faire connaître auprès de ses homologues résidants à Genève (PV, 22. 5. 2003, p. 3 et 5).
13. T\_\_\_\_\_ s'est mis à commenter les déplacements du soir de B\_\_\_\_\_; en effet, le prédécesseur de cette dernière, A\_\_\_\_\_ n'effectuait pas autant de déplacements les soirs, libérant généralement le chauffeur avant 18h00 déjà.
14. Le 28 mars 2001, B\_\_\_\_\_ a adressé à T\_\_\_\_\_ un avertissement écrit pour prestations de qualité insuffisante (lacunes en géographie locale, absences injustifiées, penchants à discuter les ordres reçus, zèle manquant) (pièce 4 déf). L'intéressé s'est vu invité à se déterminer par rapport aux griefs formulés. Elle en a adressé copie au Ministère des affaires étrangères e\_\_\_\_\_ (ci-après: MAE)
15. T\_\_\_\_\_ est tombé malade le 2 avril 2001. Cette incapacité de travail a duré jusqu'au 30 avril 2001 (certificats médicaux, pièce 9 déf). Il a repris le travail début mai 2001 (ibid).
16. Par pli du 28 mai 2001, B\_\_\_\_\_ a adressé à T\_\_\_\_\_ un second avertissement, le sommant de s'expliquer, par écrit et dans les cinq jours, au sujet de son arrivée

- au Consulat avec un retard de 20 minutes (pièce 6 déf). Elle en a adressé copie au MAE e\_\_\_\_\_.
17. Par pli du 29 mai 2001, B\_\_\_\_\_ a adressé à T\_\_\_\_\_ un troisième avertissement, le sommant de s'expliquer, par écrit et dans les cinq jours, au sujet de son refus de servir "ce matin à 7H15" (pièce 8 déf). Elle en a adressé copie au MAE e\_\_\_\_\_.
18. Par pli daté du 6 juin 2001, mais remis à l'intéressé en date du 8 juin 2001, B\_\_\_\_\_, se référant à la loi \_\_\_/\_\_\_ sur l'Organisation du MAE <sup>3</sup> e\_\_\_\_\_, a infligé à T\_\_\_\_\_ une "réprimande écrite", au motif de son comportement et des propos, jugés inadmissibles du 6 juin 2001. Elle en a adressé copie au MAE de son pays.
19. T\_\_\_\_\_ en a accusé réception en date du 8 juin 2001, sur les lieux de travail. Il s'est vu reprocher, entre autres, d'avoir, le matin du 6 juin 2001, claqué la porte du véhicule de service en signe de protestation contre une instruction donnée, de s'être absenté, pour une visite chez le dentiste, l'après-midi du même jour, contre la volonté de B\_\_\_\_\_, de lui avoir lancé des mots tels que "vous n'êtes pas Consul Madame", "ma santé ne vous intéresse pas", "par votre faute, mes dents tombent", "vous ne savez pas vous comporter", "vous êtes une femme méchante" et d'avoir formulé des menaces du genre "si vous me chassez, je vous dénoncerai, vous verrez ce qui vous arrivera puisque vous voulez me licencier" (pièce 11).
20. Le 8 juin 2001, T\_\_\_\_\_ est retombé malade. Cette incapacité se révélera durable pour la suite. A ce jour, il n'a pas recouvert sa santé (PV, 22.5. 2003, p. 3, déclaration de l'intimé). Jusqu'en octobre 2001, il a régulièrement envoyé des certificats médicaux au Consulat Général (cf. pièce 9 déf).

c)

21. Courant juin 2001, B\_\_\_\_\_ a décidé de licencier T\_\_\_\_\_ avec effet immédiat (PV, 22. 5. 2003, p. 4).
22. Pour ce faire, elle a préalablement sollicité l'autorisation auprès du MAE e\_\_\_\_\_, en lui présentant un rapport (PV, 22. 5. 2003, p. 4).
23. Par courrier du 6 juillet 2001, adressé au Consulat Général à Genève, le MAE e\_\_\_\_\_, par la plume de son Secrétaire Général, C\_\_\_\_\_, a autorisé B\_\_\_\_\_ à procéder au licenciement immédiat proposé (pièce 13 déf).

---

<sup>3</sup> ) Cette loi régit, entre autres, les pouvoirs conférés aux représentants diplomatiques et consulaires e\_\_\_\_\_ à l'étranger (cf. pièce 1 déf; cf. en outre pièce 13 déf).

24. Cette autorisation de licencier avec effet immédiat T\_\_\_\_\_ n'est parvenue au Consulat Général, par voie diplomatique, qu'en date du 10 août 2001 (pièce 13 déf; PV, 22. 5. 2003, p. 4, déclaration D\_\_\_\_\_).
25. Le 10 août 2001, B\_\_\_\_\_ a notifié, par courrier recommandé + AR, à T\_\_\_\_\_ son licenciement immédiat (pièces 14, 15 déf). Le pli contenait copie de la décision du MAE e\_\_\_\_\_ du 6 juillet 2001 ainsi qu'une lettre d'accompagnement émanant de la plume de la Consule Générale (pièces 13, 14 déf; PV, 22. 5. 2001, p. 4, déclaration D\_\_\_\_\_).
26. Ce pli est parvenu dans la sphère de puissance de T\_\_\_\_\_ en date du 13 août 2001 (récépissé postal = pièce 16 déf; PV, 22. 5. 2001, p. 4, déclaration T\_\_\_\_\_).
27. La décision du MAE e\_\_\_\_\_ de licencier T\_\_\_\_\_ est motivée comme suit (pièce 13 déf):

"Le Secrétaire Général (...), vu  
(...)

4. L'avis justifié et conforme du Conseil de service en date du 2.7.2001 sur la dénonciation du contrat de droit privé<sup>4</sup> de durée déterminée de deux ans de T\_\_\_\_\_, gardien-concierge et chauffeur au Consulat Général à Genève pour motif grave, à savoir pour comportement inconvenant à l'égard de son supérieur et négligence en ce qui concerne l'exécution de ses devoirs conventionnels et découlant des articles 1 et 4 de son contrat,

DENONCE

le contrat de travail de droit privé à durée déterminée de T\_\_\_\_\_, gardien-concierge et chauffeur auprès du Consulat de Genève en date du 17.3. 2000".

28. La lettre d'accompagnement de B\_\_\_\_\_ du 10 août 2000, rubriquée " \_\_\_\_\_ " (dénonciation du contrat), précise ce qui suit (pièce 15 déf):

"Ci-joint je vous remets copie du document No. \_\_\_\_\_-\_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_/06.07.2001 émanant du Secrétaire Général d'Administration et d'Organisation (du MAE), en vertu duquel est dénoncé le contrat de travail de droit privé à durée déterminée, qui nous est parvenue par courrier diplomatique et vous a été envoyée par la poste sous pli recommandé (numéro du pli recommandé 98.00.120017.00029873)".

---

<sup>4</sup>) En e\_\_\_\_\_ dans le texte: " \_\_\_\_\_ " = contrat de droit privé.

29. T\_\_\_\_\_ a touché son salaire jusqu'au 10 août 2001 (PV, 22.5. 2001, p. 5; liasse V, pièce 15 et annexes).

d)

30. Par acte déposé au Greffe de la Juridiction des Prud'hommes en date du 11 décembre 2001, T\_\_\_\_\_ a assigné E\_\_\_\_\_ en paiement de fr. 35'700.--, soit de fr. 7'140.-- (= US \$ 4'200.--) X 5, équivalant au salaire afférent du mois d'août 2001 au mois de décembre 2001. Cet acte n'était pas accompagné de pièces ou d'une écriture explicative.

31. La demande a été notifiée à E\_\_\_\_\_ par la voie diplomatique (dossier judiciaire).

32. A l'audience d'introduction du Tribunal du 28 mai 2002, l'Etat défendeur s'est fait représenter par les soins de Me Serge GANICHOT, avocat à Genève.

33. Dans son écriture-réponse à la demande, déposée la veille, l'Etat défendeur a renoncé à exciper de son (éventuelle) immunité de juridiction et a accepté de se défendre au fond (PV, 29. 5. 2002). Il a déposé, en outre, un ensemble de pièces.

34. L'Etat défendeur s'est opposé à la demande, considérant avoir procédé à un licenciement immédiat de l'intéressé pour "faute grave" au sens de l'art. 7 du contrat. Il a enfin relevé qu'en tout état de cause, ce dernier avait épuisé l'échelle bernoise, en rappelant qu'en 2<sup>ème</sup> année de service le droit au salaire en cas de maladie était limité à 1 mois ("Observations", p. 4 – 5, liasse 4).

35. Sur ce, T\_\_\_\_\_ a déclaré vouloir amplifier sa demande. Il a derechef réclamé paiement de son salaire jusqu'à l'échéance de son contrat de travail de durée déterminée, soit jusqu'au 19 mars 2002, ajoutant qu'il laissait au Tribunal le soin de chiffrer cette demande (PV, 28. 5. 2002, p. 1).

36. A l'issue de l'audience, le Tribunal a autorisé T\_\_\_\_\_ à produire à son tour, jusqu'au 30 juin 2002, des "observations écrites", et annoncé qu'il ne tiendra plus de nouvelle audience, mais gardera ensuite la cause à juger (PV, 28. 5. 2002, p. 2).

37. Dans ses "Observations" du 22 mars 2003, T\_\_\_\_\_ a chiffré des prétentions définitives à US \$ 33'600.--, montant correspondant à huit salaires mensuels (août 2001 à mars 2002) à US \$ 4'200.-- (liasse VI, pièce 2 dem).

38. Par jugement du 17 septembre 2002, le Tribunal des Prud'hommes a alloué au demandeur le plein de ses conclusions, et condamné, par conséquent, l'Etat défendeur à payer au demandeur le montant de fr. 52'897,10 brut plus intérêts 5% dès le 13 août 2001 (liasse 6).

39. Le Tribunal, après une longue digression sur l'immunité de juridiction, a considéré, en substance, que l'Etat défendeur avait licencié sans justes motifs, et, les eût-il eus, il aurait exercé tardivement le droit de résilier le contrat de travail avec effet immédiat. Le Tribunal a, par conséquent, alloué au demandeur le salaire d'août 2001 à mars 2002, soit pour le solde de la période du contrat de durée déterminée. Il n'a pas examiné l'état de santé de l'intéressé durant cette période, ni l'éventuelle incidence en découlant sur ses prétentions au salaire (liasse 6).
40. Ce jugement a été notifié aux parties par lettre signature datée du 18 novembre 2002 (liasse 6).
41. Par acte déposé au Greffe de la Juridiction des Prud'hommes en date du 16 décembre 2002, l'Etat défendeur, par la plume de son avocat, a formé appel contre ledit jugement (liasse I). Il y conclut au déboutement intégral de l'intimé.
42. L'Etat appelant prône l'application du droit e \_\_\_\_\_. Il considère ensuite que l'attitude de l'intimé justifiait largement son licenciement immédiat. Enfin, il relève les fréquentes périodes de maladie de l'intéressé, prises en charge au-delà des exigences dites de l'échelle bernoise (liasse I).
43. Dans son mémoire-réponse à l'appel du 3 mars 2003, l'intimé, ayant entre-temps pris avocat, conclut à la confirmation du jugement entrepris (liasse II).
44. L'intimé s'oppose, préliminairement, à l'application du droit e \_\_\_\_\_, en rappelant que les parties n'ont, à aucun moment, inséré, dans leur contrat, une clause d'élection de droit. Ensuite, il expose qu'il appartient à l'employeur d'apporter la preuve de l'existence de justes motifs, preuves non apportées en l'espèce. Enfin, il relève, à toutes fins utiles, la tardiveté de la réaction patronale (liasse II).
45. Le 15 mai 2003, la Cour a rendu une Ordonnance préparatoire, invitant en particulier l'Etat appelant, à toutes fins utiles, à produire copie des dispositions du Code civil e \_\_\_\_\_ relatif au contrat de travail (liasse III).
46. Sur ce, l'Etat appelant a fait parvenir à la Cour copie et la traduction française de l'art. 53 de "la loi e \_\_\_\_\_ sur le contrat de travail" relatif à la "dénonciation du contrat de travail par l'employeur" (liasse IV)<sup>5</sup>.
47. A l'audience de ce jour, les parties ont comparu en personne. L'Etat appelant a comparu par le soin de D \_\_\_\_\_, employée consulaire du Consulat général de E \_\_\_\_\_ à Genève (la "No. 2 du consulat"), titulaire de la carte de légitimation DFAE \_\_\_\_\_, munie de tout pouvoirs. D \_\_\_\_\_ était assistée de Me Serge

---

<sup>5</sup> ) Dans un autre document, déposé ce jour au dossier, l'Etat appelant se réfère à l'art. 53 du décret présidentiel \_\_\_\_ de \_\_\_\_ (Code du personnel avec contrat de travail de droit privé du secteur public, des collectivités locales et autres personnes de droit public" (liasse VII).

GANICHOT. L'intimé était accompagné de Me Alexia GABIOUD, avocate en l'Etude de Me Jean-Bernard WAEBER (PV, 22.5. 2003, p. 1).

48. Les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives. Elles n'ont pas fait citer de témoins ni requis de mesures d'instructions.
49. Lors de l'audience, l'intimé a affirmé qu'il était tombé malade "à cause de Madame le Consul, parce qu'elle faisait du mobbing" (PV, 22. 5. 2003, p. 3). Il a formulé cet allégué pour la première fois au cours de la présente procédure (écrits, oraux)
50. A l'issue de l'audience, la cause a été retenue en délibérée.

## EN DROIT

### I. RECEVABILITE

a.

1. L'appel ayant été interjeté selon le délai et la forme prescrit par la loi, il est recevable (arts. 24 al. 3, 59 LJP).

b.

2. Le Tribunal a longuement examiné *l'immunité de juridiction* éventuelle de l'Etat défendeur. A tort.
3. En effet, dès lors que l'Etat défendeur a participé d'emblée à la procédure et n'a pas fait défaut, le Tribunal n'avait pas à examiner d'office son pouvoir juridictionnel ("Gerichtsbarkeit"). S'agissant dans ce cas d'un déclinatoire sur requête, il appartenait à l'Etat défendeur de s'en prévaloir *in limine litis*. Ne l'ayant pas fait, il est censé avoir renoncé, par comportement concluant, à son immunité de juridiction.

c.

4. En revanche, c'est d'office que le juge doit examiner sa *compétence matérielle*, que le défendeur fasse défaut ou non (cf. art. 50 al. 2 LJP, art. 98 LPC; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zurich, 1979, p. 80; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, Berne, 2001, No. 103 p 130).

5. Aux termes de l'art 1 LJP, les tribunaux des prud'hommes connaissent des contestations entre employeurs et travailleurs découlant d'un contrat de travail au sens de l'art. 319 CO).
6. Ne sont pas du ressort de la Juridiction des Prud'hommes de Genève les litiges découlant d'un rapport de service en vertu du *droit administratif* de la Confédération, du canton, d'un *Etat étranger*, ou d'une Organisation internationale (art. 1 al. 2 let. c LJP).
7. S'agissant de rapports de service noués avec un ressortissant étranger, la qualification de la nature du contrat intervient *lege fori* (cf. ATF 119 II 66 = JdT 1994 I 112).
8. En l'espèce, le demandeur réside depuis 1961 en Suisse; il est ressortissant suisse depuis 1974 et n'est plus, depuis cette date, ressortissant e \_\_\_\_\_. Il ne pouvait dès lors faire l'objet, sur territoire suisse, d'un *acte de nomination* selon le droit administratif e \_\_\_\_\_. Il paraît, en effet, difficilement concevable qu'un Etat étranger puisse, en dehors de son territoire, entrer en relation avec un tiers non-ressortissant, autrement que *d'égal à égal* (ATF 113 Ia 372 c. 2; 120 II 408, *Razid c/ Irak*; The Hague Sub-District Court, 1. 8. 1985, *M. K. v. Turkey*, in: NYBIL, 1988, p. 435; *Embassy Interpreter Dismissal Case*, Austria, Administrative Court, 19. 4. 1985, in: International Legal Reports, [ILR] 485).
9. L'Etat peut parfaitement se servir, dans l'accomplissement de sa mission, de techniques de *droit privé* et confier à des particuliers nationaux ou étrangers, par un contrat de travail au sens de l'art. 319 CO, des tâches les plus diverses (ATF 118 II 213: Rhinow, "Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse in der öffentlichen Verwaltung", FS Vischer, Zurich, 1983, p. 429; Grisel, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel, 1984, vol. I, p. 477; Vischer, *Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse bei staatlichen Organisationen*, Thèse, Bâle, 1990, p. 142, cf. art. 6 al. 5 loi fédérale sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 [LPers, RS 172. 220.]<sup>6</sup>, art. 7 Règlement du service diplomatique et consulaire suisse, RS 191.1).
10. Nombreux sont les Etats qui pour des raisons de souplesse dans la gestion du personnel pratiquent le recrutement *d'agents contractuels*, en particulier dans les structures de la santé publique, de la coopération technique et du *service diplomatique ou consulaire* ("contractuels des ambassades / consulats", Cabanel/Gourdon, *Fonction publique, Les contractuels*, paris, 1991, p. 24; Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, Bruxelles, 1994, p. 73- 74).
11. Tel est le cas, semble-t-il, de l'Etat défendeur. Le droit e \_\_\_\_\_ de la fonction publique distingue les fonctionnaires au sens étroit (personnes titularisées, de

---

<sup>6</sup>) Art. 6 al. 5 LPers: "Le Conseil fédéral peut soumettre au CO certaines catégories de personnel lorsque cette mesure se justifie, notamment le personnel auxiliaire et les stagiaires, ainsi que le *personnel recruté et engagé à l'étranger*. Il peut édicter des prescriptions minimales pour ces rapports de travail".

carrière), et les fonctionnaires au sens large (engagés par contrat de droit privé) (cf. P\_\_\_\_\_, Les garanties du fonctionnaire dans la constitution e\_\_\_\_\_, Paris, LGDJ, 1992 p. 2 – 3; S\_\_\_\_\_, "La politique de choix des fonctionnaires en E\_\_\_\_\_, Annuaire d'Administration Publique, 1979, p. 179).

12. Dans le cas d'espèce, l'Etat défendeur plaide, par ailleurs, explicitement l'existence d'un contrat de droit privé.
13. Dès lors, la juridiction des Prud'hommes est matériellement compétente pour connaître des prétentions découlant du contrat de travail.

d.

14. En matière de contrat de travail, l'examen de la *compétence territoriale* se fait *d'office* (art. 34 al. 1 de la loi fédérale sur les fors en matière civile, LFors, RS 272). Cet examen suppose, en l'espèce, que le juge détermine la présence ou l'absence d'un élément d'extranéité pertinent.
15. L'internationalité d'un contrat de travail ne procède pas tant de la domiciliation à l'étranger de l'une des parties, mais du flux transfrontière soit de la force de travail, soit des ordres patronaux (Gloor, "Contrat de travail international, Juridictions compétentes", AJP/PJA, 1996, p. 1508 – 1509; Birk, "Die internationale Zuständigkeit in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten nach dem Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen", Recht der Arbeit [RdA], 1983, p. 145).
16. Ainsi, un employé subalterne, recruté sur place, d'une succursale d'une banque étrangère et travaillant dans cette succursale, n'est probablement pas partie à un *contrat de travail international* – mais partie à un contrat de travail *interne à la Suisse* ("Binnenarbeitsverhältnis"). Par conséquent, l'on ne saurait le priver, par des clauses d'élection de for ou d'élection de droit (art. 13 LDIP), des normes de protection impératives prévues par le droit du travail suisse.
17. Il en va de même du membre du personnel de service, recruté sur place, d'une Mission diplomatique ou permanente, ou d'un Poste consulaire: ce salarié reçoit ses instructions du chef de poste, et non pas de l'étranger. Il est partie à un contrat de travail interne (cf. CAPH GE Gr. 5, CAPH 5. 12. 2002, *M. c/ Koweït*).
18. A teneur de l'art. 24 LFors, le travailleur peut agir au for du domicile ou du siège du défendeur, ou au for où il accomplit (ou a accompli) habituellement son travail. Il ne peut renoncer à l'avance à ce choix (art. 21 al. 2 let. d LFors).
19. Le travailleur peut en outre agir au for de l'établissement ou de la succursale pour lequel/ laquelle il a déployé son activité (ATF 128 III 31 ad arts. 5 et 24 al. 1 LFors).

20. Par conséquent, la Juridiction des Prud'hommes de Genève est territorialement compétente pour connaître du présent litige.
21. A supposer que l'on retienne néanmoins un contrat de travail international, la compétence internationale et locale de la Cour découlerait de l'art. 5 al. 1 de la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale conclue à Lugano le 16 septembre 1988 (RS 0.275. 11)<sup>7</sup>.
22. En effet, tout porte à penser qu'en matière civile et commerciale la Convention de Lugano s'applique également lorsqu'une partie au litige se trouve être un Etat signataire lui-même, à tous le moins lorsqu'il a agi *iure gestionis* (cf. ATF 124 III 382, 397; Donzallaz, La Convention de Lugano, vol. I. Berne, 1996, N. 832 p. 338; Arrêt CJCE 172/91 du 21. 4. 1993 *Volker Sonntag c/ Hans Waidmann*, consid.. 18, p. 1996).
23. A titre plus éventuel encore, la compétence territoriale découlerait de l'art. 115 al. 1 LDIP.

## II. FOND

### A. Droit applicable

24. L'Etat appelant plaide l'application du droit e\_\_\_\_\_, au vu, notamment, des références contenues dans le contrat de travail de l'intimé, au droit e\_\_\_\_\_. Il en déduit une élection consensuelle du droit e\_\_\_\_\_. L'intimé conteste cette façon de voir et prône l'application du droit suisse.
25. Pour les motifs exposés précédemment, la Cour considère que l'on n'est pas en présence, en l'espèce, d'un contrat de travail *international*. La discussion relative au droit applicable s'avère dès lors oiseuse: le contrat interne à la Suisse est d'office soumis au droit suisse – il n'est pas susceptible d'une soumission à un droit étranger.
26. A supposer néanmoins, arguendo, que l'on soit en présence d'un contrat de travail *international*, et partant susceptible d'une élection de droit, force serait de reconnaître que les quelques références au droit e\_\_\_\_\_ contenues dans le contrat de travail de l'intimé ne suffisent pas à construire une élection de droit tacite, *mais certaine*, du droit e\_\_\_\_\_ ("Eindeutigkeitserfordernis", cf. art. 116 al. 2 LDIP; Honsell/Vogt/Schnyder, Internationales Privatrecht, Bâle, 1996, N. 39 *ad* art. 116 LDIP; Siehr, Das Internationale Privatrecht der Schweiz, Zurich, 2002, p. 237).

---

<sup>7</sup>) Traité entré en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> janvier 1992, et pour E\_\_\_\_\_ le \_\_\_\_\_.

27. En effet, ces références au droit e\_\_\_\_\_ contenues dans le contrat de travail de l'intimé sont contrebalance par des références au droit suisses, contenues dans ce même contrat de travail.
28. Par ailleurs, l'attitude des parties en cours de procès sert également d'indice révélateur (Dutoit, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 3<sup>e</sup> éd., 2001, N. 3 ad art. 116 LDIP). Ainsi, l'Etat appelant se prévaut dans ses écritures responsives de "l'échelle bernoise", soit donc, en clair, de l'art. 324a CO, disposition topique du droit du travail suisse.
29. A défaut d'élection de droit valable, les rapports de travail sont soumis au droit de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail ("lex loci laboris", rattachement objectif, art. 121 al. 1 LDIP; ArG ZH, 3.3.1992 in: ZR 1994 No. 63 p. 176, X. [salarie domicilié et travaillant à Zurich] c/ Y. SA, /employeur à A\_\_\_\_\_/; ATF 4C.121/2001 du 16. 10 2001, X. [employée auprès de la succursale de Genève] c/ *Olympic Airways SA, A\_\_\_\_\_*).
30. S'agissant d'employés recrutés sur place de postes diplomatiques ou consulaires, les Etats accréditants ont tendance à vouloir leur appliquer leur propre droit du travail – clause d'élection de droit ou pas. La pratique montre cependant que les tribunaux des Etats accréditaires, au contraire, clause d'élection de droit ou pas, appliquent généralement le droit local, compte tenu notamment des règles protectrices impératives du droit du travail (Gamillscheg, "Rules of Public Order in Private International Labour Law", RCADI, 1983,, vol. III, p. 288, p. 323-324; Gloor, *Employer States and Sovereign Immunity*, Geneva, Jurilivres, 1999, p. 18).

## B) Licenciement immédiat, art. 337 CO

### a. Principes matériels et formels

31. Selon l'art. 337 al. 1 1<sup>ère</sup> phrase CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat - qu'il soit de durée déterminée ou indéterminée - en tout temps pour de justes motifs. Doivent être notamment considérées comme tels toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (cf. art. 337 al. 2 CO).
32. La jurisprudence, se fondant sur la doctrine, a plusieurs fois souligné que la résiliation immédiate revêtait un caractère exceptionnel et qu'elle devait être admise de manière restrictive (ATF 127 III 153 cons. 1a; 127 III 310 cons. 3; 127 III 351 cons. 4a). Ainsi, seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré

un avertissement. Par manquement du travailleur, on entend la violation d'une obligation de fidélité (ATF 127 III 351 4a: 121 III 467 cons. 4d p. 472).

33. Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 1 al. 3 CO *ab initio*). Il n'est pas lié par un éventuel catalogue de cas de figures dressé par les parties. Il applique les règles du droit et de l'équité (art 4 CC). A cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et la responsabilité du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des manquements.
34. Le droit e\_\_\_\_\_ connaît, à ce propos, exactement les mêmes principes (cf. Prof. Théodore B. K\_\_\_\_\_,<sup>8</sup> *Labour Law in E\_\_\_\_\_*, The Hague, Kluwer, 2002, p. 157)<sup>9</sup>.

**b.**

35. Enfin, c'est à l'employeur qui entend se prévaloir de justes motifs de licenciement immédiat de démontrer leurs existences (art. 8 CC; Rehbinder, *Berner Kommentar*, 1992, N. 2 ad art. 337 CO; Brunner/Bühler/Waeber, *Commentaire du contrat de travail*, 2<sup>e</sup> éd., Lausanne, 1996, N. 13 ad art. 337 CO).
36. En l'espèce, le Tribunal a considéré que les manquements imputés à l'intimée ne justifiaient pas son licenciement immédiat. Par ailleurs, à son avis, l'Etat défendeur n'a pas apporté la preuve de la réalité desdits manquements.
37. La question, sur ces deux points, peut rester ouverte, et ce pour les motifs qui suivent.

**c.**

38. En effet, selon la jurisprudence, l'employeur doit notifier le licenciement immédiat dès qu'il a connu les justes motifs dont il entend se prévaloir ou, au plus tard, après un bref délai de réflexion; s'il tarde à réagir, il est présumé avoir renoncé au licenciement immédiat; à tous le moins, il donne à penser que la continuation des rapports de travail est possible jusqu'à la fin du délai de congé (ou du contrat de durée déterminée) (ATF 99 II 308 cons. 5a; 97 II 142 cons. 2a).
39. Sauf circonstances particulières, le délai de réflexion de l'employeur est de deux ou trois jours ouvrables à compter de la date à laquelle il a la preuve du manquement invoqué pour justifier la résiliation immédiate (ATF 4C.288/1992 cons. 2a du 18. 12. 1992 n: JAR 1994, p. 223; ATF 4C.382/1998 du 2. 3. 1999; ATF 4C.133/1999 du 23. 8. 1999 B. [huissier, chauffeur] c/ *République*

<sup>8</sup>) Université \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

<sup>9</sup>) Commentant l'art 672 CC e\_\_\_\_\_, l'auteur écrit: "Each party to a fixed-term labour contract has the right to an extraordinary termination when an important reason exists, even suspending the term of notice. The court is to decide in cases of disagreement what constitutes an "important" reason".

*française* [Consulat général de Genève] in: JAR 2000 p. 231; ATF 123 III 86 cons. 2a; 127 III 310 cons. 4b; TC TI JAR 2002 p. 277; Stahelin, Zürcher Kommentar, 1996, N. 35 ad art. 337 CO; Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Berne, 1996, N. 10 ad art. 337 CO; Streiff/ Von Kaenel, Arbeitsvertrag, Zurich, 1992, N. 17 ad art. 337 CO).

40. Selon le Tribunal fédéral, l'employeur dispose de deux à trois jours de réflexion avant de signifier la résiliation immédiate du contrat; les week-ends et les jours fériés ne sont pas compris (ATF 93 II 18; ATF 4C.364/2001 du 19. 7. 2002 cons. 1. 2. 2.). Un tel laps de temps suffit en général à l'intéressé pour mûrir sa décision et réunir les renseignements juridiques utiles.
41. Une prolongation de quelques jours ne se justifie qu'à titre exceptionnel, en particulier si elle est imposée par les exigences de la vie économique ordinaire (ATF 69 II 311; ATF 4C. 282/1994 du 21. 6. 1995 cons. 3a in: JAR 1997 p. 208). Il en va ainsi, par exemple, lorsque, au sein d'une personne morale, la décision de licenciement relève de la compétence d'un organe de plusieurs membres (ATF 4C.364/2001 du 19. 7. 2002 cons. 1. 2. 2.).
42. L'on relèvera, à ce propos, que la solution en droit e \_\_\_\_\_, est identique <sup>10</sup>.
43. Statuant dans un cas opposant un huissier/chauffeur à un Consulat général de Genève, licencié avec effet immédiat par l'Etat employeur, par suite, entre autres, de refus d'obéissance, de manque de politesse et déférence à l'encontre de la Consule Générale, le Tribunal fédéral a considéré qu'en ayant mis quatorze jours entre la date de la connaissance, par ladite Consule Générale, de la dernière incartade de l'employé, et son licenciement immédiat, il avait largement dépassé le délai de réflexion admis par la doctrine et la jurisprudence. Et que, partant de là, l'Etat défendeur était forclos à se prévaloir de l'art. 337 CO (ATF 4C.133/1999 du 23. 8. 1999 B. c/ *République française* = JAR 2000 p. 231).
44. L'argument invoqué par l'Etat défendeur, à savoir la nécessité pour le Consulat général d'obtenir, au préalable, le feu vert du Quai d'Orsay, avant de passer à l'action, le Tribunal fédéral l'a rejeté d'un revers de main: un employeur, fût-il personne morale, voire un Etat, doit s'organiser de la sorte que ses organes et services soient à même de prendre *sans tarder* les décisions qui s'imposent.
45. En l'occurrence, l'Etat appelant n'avait qu'à conférer à son chef du poste consulaire les pouvoirs requis pour faire face immédiatement et sans délai à une situation extraordinaire.

---

<sup>10</sup> ) K \_\_\_\_\_, op. cit., relève, en commentant l'art. 6 al. 1 de la loi \_\_\_\_/\_\_\_\_ ceci: "The termination of the fixed-term contract (for important reason) *must be done on time*, in writing and regardless of the reason included. If the reason is not considered important and the employee continues to supply his or her work, the employer has to pay the remuneration".

46. L'Etat défendeur doit se laisser imputer les connaissances de sa Consule Générale, son organe administratif (art. 55 CC).
47. La Consule générale avait connaissance des faits invoqués en juin 2001, au moment de son rapport au MAE à Athènes. Ce dernier a mis deux semaines au moins avant de rédiger sa décision du 6 juillet 2001 de licencier l'intimé avec effet immédiat. Il a ensuite mis un mois supplémentaire avant que cette décision ne parvienne – par *courrier diplomatique* – au Consulat général. Ce dernier n'a ainsi expédié la lettre de licenciement immédiat à l'intimé qu'en date du 10 août 2001, et ce dernier ne l'a reçue qu'en date du 13 août 2003.
48. Le licenciement immédiat s'avère ainsi manifestement tardif. Il est, pourtant, réputé avoir été intervenu sans justes motifs au sens de l'art. 337c CO.

### C. Effets du licenciement immédiat, art. 337c CO

#### a. Principe

49. Le licenciement immédiat, qu'il repose sur de justes motifs ou non, intervenu à temps ou intervenu tardivement, met un terme immédiat, *de facto et de iure*, au contrat de travail (ATF 117 II 270 c. 3b; ATF 21. 10. 1996 in: SJ 1997 p. 149; Favre/Munoz/Tobler, Le contrat de travail, Code annoté, Lausanne, 2001, N. 1. 1. ad art. 337 c CO).
50. A teneur de l'art. 337c al. 1 CO, "lorsque l'employeur résilie immédiatement le contrat sans justes motifs, le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné, si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à la cessation du contrat conclu pour une durée déterminée".
51. Ceci signifie qu'en principe l'employeur est tenu de continuer à verser au travailleur licencié le salaire jusqu'à l'échéance du contrat de durée déterminée ou du préavis non respecté, sans que ce dernier soit encore tenu de lui offrir ses services.

#### b. Exception

52. Cette règle souffre d'une exception dans le cas où le travailleur, licencié avec effet immédiat, se trouve, au moment du licenciement immédiat, en arrêt-maladie, qu'il ne bénéficie pas d'une assurance perte de gain et que son crédit annuel, en matière de droit au salaire en cas de maladie (art. 324 a CO, "échelle bernoise") est épuisé<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> ) A noter que le droit e\_\_\_\_\_ connaît une réglementation similaire à l'art. 324a CO. Cf. K\_\_\_\_\_, *op. cit.* p. 148: "Absence of Employee because of an Important Reason.--. Par. 1 of Art. 657 of the Civil Code stipulates that the right to remuneration continues to exist if the employee is no longer working,, after having worked for at least 10 days, because of an important reason, but not because of his or her own

53. En effet, à teneur de la jurisprudence du Tribunal fédéral, le travailleur dont le contrat a été résilié de manière immédiate et injustifiée, ne peut réclamer un salaire pour la période correspondant au délai de congé *que pour autant qu'il ait aussi pu le faire en l'absence de résiliation* (ATF 111 II 356).
54. Cette jurisprudence paraît choquante, mais elle est néanmoins approuvée par la doctrine majoritaire (Stahelin, Zürcher Kommentar, 1996, N. 8 *ad* art. 337 c CO; Rehbinder, Berner Kommentar, 1992, N. 3 *ad* art. 337c CO; Streiff/ Von Kaenel, *op. cit.*, N. 3 *ad* art. 337c CO; Wyler, Droit du travail, Berne, 2002, p. 383; Favre/Munoz/Tobler, *op. cit.*, N. 1.3 *ad* art. 337 c CO)<sup>12</sup>.
55. L'art. 337c al. 1 CO n'a pas une fonction de pénalité<sup>13</sup>, mais une fonction d'assurer des dommages et intérêts à caractère salariaux ("lohnähnlicher Schadenersatz").
56. L'idée étant que le travailleur résilié avec effet immédiat ne doit pas toucher davantage, au titre de l'art. 337c al. 1 CO, que ce qu'aurait touché, au titre de l'art. 324 CO, son collègue libéré avec effet immédiat de sa place de travail durant le préavis, respectivement durant le solde de la durée déterminée de son contrat. La demeure d'acceptation de l'employeur, au sens de l'art. 324 CO suppose, en effet, la capacité de l'employé d'offrir ses services; si, par suite de maladie, le travailleur n'est pas à même d'offrir ses services, son droit au salaire se règle en fonction de l'art. 324a al. 1 à 4 CO).
57. Cette jurisprudence ne mérite cependant pas d'être suivie dans les cas où l'arrêt-maladie a été causé par l'employeur lui-même<sup>14</sup> (cf. Duc/Subilia, Commentaire du contrat individuel de travail, Lausanne, 1998, p. 489).

c.

---

fraud or negligence. The courts have decided as important reasons: the sickness of the employee or of one of his or her close relatives, leave for testifying in a court, confinement or unexpected happenings. An employee having been employed by an employer for *at least one year has the right to remuneration for one month of absence for an important reason, or half-month payment if he or she has been employed for a period of less than a year*".

<sup>12</sup>) Brunner/Bühler/Waeber (*op. cit.*, N. 3 *ad* art. 337c al. 2 p. 237) semblent implicitement mettre en doute la pertinence de l'arrêt ATF 111 II 356, en se référant à l'ATF (postérieur) du 22. 2. 1994 in: JAR 1995 p. 198. Or, ledit arrêt traite d'un cas où le travailleur licencié avec effet immédiat (est tombé malade durant le préavis non respecté) *bénéficiait – aurait dû bénéficier à teneur des engagements pris - d'une assurance perte de gain collective*. A teneur de l'art. 337c al. 1 CO, il était dès lors normal que l'employeur fût condamné à lui payer l'indemnité hypothétique à laquelle il aurait pu prétendre *de droit*.

<sup>13</sup>) Cette fonction de pénalité est assumée par l'art. 337c al. 3 CO.

<sup>14</sup>) *Nemo turpitudinem suam allegans audiat*.

58. Dans le cas d'espèce, en cas de maladie, le droit au salaire de l'intimé, qui n'a pas convenu avec l'employeur d'une assurance perte de gains, est déterminé par le régime ordinaire, prévu à l'art. 324a CO.
59. A teneur de l'art. 324a al. 1 CO, "si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne, telles que maladie, accident (...), l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité (...), dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois".
60. L'art. 324a al. 2 CO ajoute que "sous réserve de délai plus longs fixés par accord (...), l'employeur paie pendant la première année de service le salaire de trois semaines et, ensuite le salaire pour une période plus longue fixé équitablement, compte tenu de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières".
61. A propos de ces "durées fixées équitablement", les tribunaux ont développé une échelle, dite échelle bernoise (Rehbinder, Berner Kommentar, 1983, N. 28 *ad* art. 324a CO).
62. L'échelle bernoise prévoit ainsi, à partir de la 1<sup>ère</sup> année de service révolue et jusqu'à la fin de la 2<sup>ème</sup> année de service, un droit au salaire-maladie pendant 1 mois (Rehbinder, N. 28 *ad* art. 324a CO).
63. L'échelle bernoise instaure un *crédit annuel*, cadrant avec l'année de service. Tous les empêchements survenus et "payé" par l'employeur sont additionnés (Rehbinder, N. 27 *ad* art. 324a CO).

**d.**

64. L'intimé a allégué, à l'audience d'appel, être tombé malade "*à cause*" du "*mobbing*" de la Consule Générale.
65. Il n'apporte cependant aucune preuve, ni offre de preuve, à l'appui de ces dires (art. 8 CC).
66. Le simple fait qu'un travailleur de sexe masculin se fasse reprendre, de temps à autres, par sa supérieure, de sexe féminin, ne permet pas de présumer l'existence d'un *mobbing* de la part de la seconde au détriment du premier.
67. En matière de *mobbing*, le juge ne saurait vouloir se contenter de simples allégués et pallier à la carence de preuves, par une *présomption de fait* fondée sur l'expérience générale de la vie ("*allgemeine Lebenserfahrung*") (sur la présomption de fait et l'office du juge : ATF 4C.121/2001 du 16. 10. 2001, *Olympic Airways*, cons. 3c).

e.

68. En l'occurrence, l'intimé est entré dans sa deuxième année de service le 20 mars 2001. Il a été malade durant le mois d'avril 2001 – et l'Etat appelant a continué à lui payer le salaire, conformément à l'art. 324 a al. 1 et 2 CO.
69. Au moment de la survenance de sa 2<sup>ème</sup> incapacité de travail, le 8 juin 2001, l'intimé avait déjà épuisé son droit au salaire, à teneur de l'"échelle bernoise", pour l'année de service en cours.
70. Ce nonobstant, l'Etat employeur a continué à lui verser le salaire, et ce jusqu'au 10 août 2001, date de son licenciement immédiat.
71. En clair: l'intimé a bénéficié d'environ de deux salaires mensuels (8. 6 – 10. 8) en sus de ce que l'Etat employeur était tenu de lui verser, à teneur de la loi.
72. Selon ses propres déclarations, l'intimé est trouvé en incapacité de travail jusqu'au 20 mars 2002, date de l'échéance du contrat de durée déterminée, voir au-delà. Or, son droit au salaire selon l'échelle bernoise était épuisé depuis le 1<sup>er</sup> mai 2001.
73. Par conséquent, la prétention de l'intimé en paiement du salaire afférent au solde de la durée contractuelle (10. 8. 2001 – 20. 3. 2002) n'est pas fondée.
74. Conformément à l'art. 78 al. 1 LJP, la partie qui succombe assume l'émolument d'appel prévu à l'art. 60 LJP.

**PAR CES MOTIFS,**

La Cour d'appel des Prud'hommes, groupe 5

**A la forme:**

Reçoit l'appel formé par E \_\_\_\_\_ à l'encontre du jugement rendu le 17 septembre 2002 dans la présente cause;

**Au fond:**

Annule le jugement et, statuant à nouveau:

Déboute T \_\_\_\_\_ de toutes ses conclusions;

Libère E \_\_\_\_\_ des fins de la demande;

Condamne T \_\_\_\_\_ à rembourser à E \_\_\_\_\_ l'émolument d'appel de fr. 800.--.

Charge le Greffe de communiquer copie de la présente

- aux domiciles élus respectifs des parties par plis recommandés;
- au Service du Protocole, c/o Département des Affaires étrangères, Palais fédéral, 3003 – BERNE, pour information.

Le Greffier de juridiction

Le Président