

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/30844/2010-4

CAPH/205/2011

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

Du 30 novembre 2011

Entre

REPUBLIQUE A_____, domiciliée _____, appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 1^{er} juillet 2011 (TRPH/449/2011), comparant par M^c Bénédicte FONTANET, avocat, Fontanet & Associés, Grand Rue 25, case postale 3200, 1211 Genève 3, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

d'une part,

Et

Madame B_____, domiciliée _____, 1213 Petit-Lancy, intimée, comparant en personne,

d'autre part.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 1^{er} décembre 2011.

EN FAIT

- A. Par contrat du 29 décembre 1999, B_____, de nationalité de A_____, a été engagée par la Mission Permanente de A_____ auprès de l'Office des Nations Unies et autres organisations internationales à Genève en qualité de secrétaire-réceptionniste.

Le contrat de travail était conclu pour une durée indéterminée, avec une période d'essai d'un mois (art. 2). Le salaire brut était fixé à 4'000 fr. (art. 3). Tout litige né de l'exécution du contrat de travail était réglé selon la législation en vigueur en Suisse, notamment le Code des obligations en matière de contrat individuel de travail (art. 6).

- B. Le 30 mars 2007, l'Ambassadeur, Représentant permanent, de l'Ambassade et Mission permanente de A_____ auprès de l'ONU (ci-après l'Ambassadeur) a rendu une décision n. 001/_____ "portant engagement de B_____ en qualité de secrétaire-bilingue" dont le texte est le suivant: "article 1^{er}: Madame B_____ est engagée à l'Ambassade et Mission Permanente de A_____ en qualité de Secrétaire Bilingue, en remplacement de Madame C_____".

A_____ soutient qu'il ne s'agissait que d'un projet, non ratifié par arrêté du Ministère des Affaires étrangères.

Par ailleurs, le 2 avril 2007 a été établi un contrat de travail entre l'Ambassade et Mission Permanente de A_____ auprès de l'Office des Nations Unies et des autres organisations internationales à Genève et B_____; il a été convenu que celle-ci était engagée au titre du personnel local de cette Ambassade en qualité de Secrétaire bureautique bilingue (art. 1). Le contrat était conclu pour une durée de trois ans avec une période d'essai de trois mois (art. 2). Le contrat était renouvelable une fois. Toutefois, en cas de faute lourde, il pouvait être rompu sans préavis (art. 3). L'employeur s'engageait à assurer la rémunération mensuelle de l'employée, à respecter les jours fériés légaux dans le pays d'accueil ainsi qu'à accorder les congés payés trente jours ouvrables par année de service effectif (art. 5). L'employée s'engageait à effectuer les tâches confiées, à faire preuve de connaissance professionnelle, de soin dans l'exécution des travaux, d'efficacité et de rendement, de ponctualité, de tenue dans le service et de serviabilité. Par ailleurs, l'employée était tenue de garder le secret professionnel et de ne communiquer ni divulguer des informations relatives à la mission. La rémunération due était mensuelle et fixée par les textes en vigueur. Elle était libellée et payée en monnaie locale (art. 6).

Derechef, A_____ affirme que ce contrat n'a pas été approuvé par le Ministère des Affaires étrangères de sorte qu'il n'a pas pris effet.

- C. Le 5 décembre 2008, B_____ a attesté sur l'honneur avoir reçu régulièrement tous ses traitements mensuels depuis sa prise de fonction en juillet 2000, après une période de stage auprès de la Chancellerie. Elle a déclaré qu'elle n'avait aucune

intention d'ester en justice contre l'Etat A_____, en attendant la prise de l'arrêté ministériel entérinant son engagement en qualité d'employée locale.

- D.** Par courrier du 18 décembre 2008, le Ministère des affaires étrangères et de la francophonie a notamment requis de l'Ambassadeur qu'il annule purement et simplement les textes revalorisant le salaire de sa secrétaire particulière.
- E.** Par courrier du 4 janvier 2010, l'Ambassadeur a informé B_____ de ce que son contrat de travail arrivait à expiration le 2 avril 2010.
- F.** Le 5 mars 2010, B_____ a sollicité de l'Ambassadeur le renouvellement de son contrat de travail.
- G.** Le 1^{er} avril 2010, l'Ambassadeur a signifié à B_____ une "note de cessation" selon laquelle il était mis fin au contrat de travail de celle-ci le même jour.
- H.** Il ressort des pièces produites par A_____ que B_____ a perçu pour les mois de décembre 2001, décembre 2006, octobre 2008, janvier 2009, et de décembre 2009 à mars 2010 la somme de 4'000 fr. net.
- I.** a) Par demande du 17 décembre 2010 déposée au greffe des Prud'hommes, B_____ a conclu à ce que A_____ soit condamnée à lui payer 35'527 fr. 65 à titre de différence de salaire et de charges sociales, avec intérêts moratoires à 5 % l'an dès le 3 avril 2010.
- b) Par mémoire de réponse du 28 avril 2011, A_____, se prévalant de son immunité de juridiction, a conclu à l'incompétence de la Juridiction des prud'hommes, subsidiairement au déboutement de B_____ des fins de sa demande.
- c) A l'audience du 25 mai 2011, B_____ a précisé qu'elle avait été engagée en qualité de secrétaire bilingue. Elle assumait également la fonction de réceptionniste. A compter de l'année 2001 ou 2002, elle avait encore assumé la fonction de secrétaire personnelle de l'Ambassadeur. Elle accomplissait des tâches usuelles de secrétariat; elle gérait notamment l'agenda de l'Ambassadeur. Elle n'avait pas de tâche de représentation de la Mission et, à son sens, aucun pouvoir de décision, dans la mesure où elle exécutait les instructions de son supérieur, soit l'Ambassadeur.
- A_____ a déclaré que la Juridiction des prud'hommes était incompétente dans cette affaire, dès lors que B_____ avait accès à toutes les données sensibles et confidentielles de la Mission. Selon elle, celle-ci n'était pas une employée subalterne. Elle effectuait des tâches confidentielles et avait un accès à toutes les informations relatives à A_____. C'était elle qui recevait les appels téléphoniques qui provenaient du gouvernement de la capitale D_____ et constituait le relais entre celle-ci et l'Ambassadeur. Au début de son emploi, elle n'avait pas accès à des données sensibles; cela avait changé vers 2001.

Elle a précisé que l'accès au bureau de B_____ était interdit au personnel de l'Ambassade, à l'exception du chef de l'administration.

B_____ a reconnu avoir accès à des données confidentielles, elle a été la seule à détenir cet accès. Ces accès entraient dans le cadre de ses fonctions de secrétaire particulière de l'Ambassadeur, qui ne faisait que suivre les ordres de celui-ci. Son degré d'accès aux informations n'avait pas évolué durant son emploi.

d) Par jugement sur compétence du 1^{er} juillet 2011, expédié pour notification aux parties par pli recommandé le 4 juillet 2011, le Tribunal des prud'hommes statuant d'office a déclaré recevable la demande formée le 17 décembre 2010 par B_____ à l'encontre de A_____ (ch. 1) puis a réservé la suite de la procédure (ch. 2).

En substance, il a retenu que A_____ et B_____ étaient liées par un contrat de travail. Celle-ci bien qu'elle eût accès à des informations sensibles et fût en contact avec diverses autorités, effectuait des tâches inhérentes à la fonction de secrétaire, soit une fonction subalterne, au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'employée ne pouvant pas être qualifiée comme un instrument de la puissance publique. Par conséquent, il a écarté l'exception d'immunité juridictionnelle invoquée par A_____.

e) Par acte déposé au greffe de la Cour de justice le 5 septembre 2011, A_____ a conclu à l'annulation du jugement rendu le 1^{er} juillet 2011 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/30844/2010; à ce que la Chambre des prud'hommes se déclare incompétente pour connaître des prétentions de B_____ et dise que la demande de cette dernière est irrecevable; au déboutement des conclusions de celle-ci des fins de sa demande avec suite de dépens.

En substance, A_____ a fait valoir que B_____ faisait partie des rares membres du personnel de l'Ambassade qui avaient accès à toutes les informations confidentielles de celle-ci. Ses tâches et responsabilités multiples empêchaient de considérer son rôle comme subalterne. Elle ne pouvait être assimilée à une secrétaire. A_____ a exposé que l'art. 27 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (RS 091.01) prévoyait que l'Etat accréditaire permettait et protégeait la libre communication de la Mission pour toute fin officielle, si bien que la correspondance de l'Ambassade était inviolable.

f) Par mémoire de réponse du 6 octobre 2011 déposé au greffe de la Cour de justice, B_____ a conclu à la confirmation du jugement entrepris, ainsi qu'à la condamnation de A_____ en tous les dépens de la cause. Elle a soutenu qu'aux termes de son contrat de travail elle occupait une fonction de subalterne, ne faisant que suivre les ordres de l'Ambassadeur.

A l'appui de sa réponse, elle a produit des pièces déjà déposées en première instance.

EN DROIT

1. Aux termes de l'art. 405 al. 1 CPC, entré en vigueur le 1er janvier 2011 (RS 272), les recours sont régis par le droit en vigueur au moment de la communication de la décision entreprise. S'agissant en l'espèce d'un appel dirigé contre une décision notifiée après le 1er janvier 2011, la présente cause est régie par le nouveau droit de procédure.

2. Le tribunal peut rendre une décision incidente lorsque l'instance de recours pourrait prendre une décision contraire qui mettrait fin au procès et permettrait de réaliser une économie de temps ou de frais appréciable (art. 237 CPC).

Selon l'art. 308 CPC, l'appel est recevable contre les décisions finales et incidentes de première instance, lorsque, dans les affaires patrimoniales, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins, soit en l'espèce 35'527 fr. 65.

L'appel peut être formé pour violation du droit et constatation inexacte des faits (art. 310 CPC).

L'appel, écrit et motivé, est introduit auprès de l'instance d'appel dans les 30 jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC).

Les délais légaux et les délais fixés judiciairement ne courent pas du 15 juillet au 15 août inclus (art. 145 al. 1 let. b CPC).

Le présent appel, qui respecte la forme et le délai prévus par la loi, est donc recevable.

3. **3.1** La compétence internationale des autorités judiciaires suisses est régie par la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP, RS 291). L'art. 1 al. 3 LDIP réserve les traités internationaux – par quoi il faut entendre le droit international – y compris le droit international coutumier.

3.2 Le présent litige concerne un contrat de travail international au sens de l'art. 115 LDIP. En effet, il présente des éléments d'extranéité. Le contrat de l'intimée, de nationalité de A_____, la liait à l'Etat appelant, non pas à son Ambassadeur, et encore moins à sa Mission permanente, laquelle, d'ailleurs, n'aurait pas la personnalité juridique. L'Etat employeur est "domicilié" à l'étranger; il est réputé avoir son "siège social" auprès de son Gouvernement, en sa capitale D_____. Le travail de l'intimée a été accompli à Genève.

3.3 Le contrat de travail du 2 avril 2007 ne contient pas de clause d'élection de for en faveur d'une juridiction de A_____.

3.4 Partant, la Juridiction des prud'hommes de Genève est internationalement compétente pour connaître du présent litige.

4. L'appelante fait grief au Tribunal d'avoir retenu que les fonctions de l'intimée étaient subalternes et dénuées de pouvoir de décision. Elle fait valoir ainsi son immunité de juridiction.

4.1 Lorsque l'Etat défendeur se prévaut de l'immunité de juridiction, cette question paraît devoir être tranchée d'entrée de cause; il ne serait en effet guère compatible avec le principe même de l'immunité de forcer un Etat à procéder sur le fond alors qu'il entend, en invoquant sa souveraineté, se soustraire à toute juridiction d'un autre Etat. La possibilité de renvoyer à l'examen du fond les questions de procédure possédant une double pertinence est admise à titre exceptionnel, dans l'intérêt du défendeur (ATF 122 III 249 précité; cf. également KNOEPFLER, *Réflexions sur la théorie des faits doublement pertinents*, PJA 1998, p. 787-791). Or, l'intérêt de l'Etat qui se prévaut de son immunité de juridiction commande au contraire que cette question soit résolue avant toute autre (ATF 124 III 382 consid. 3b). Par conséquent, la question de l'immunité est examinée par le juge à titre préjudiciel par rapport au fond du litige. Cette décision jouira de l'autorité de la chose jugée, en ce sens qu'il tranchera définitivement, entre les parties à l'instance, la question de la juridiction sur un objet donné.

4.2 La matière est régie par la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens du 2 décembre 2004 (CNUJJE; texte français in: *Semaine Judiciaire (SJ) 2006*, p. 123), non entrée en vigueur, ratifiée par la Suisse le 16 avril 2010 (cf. ATF 4A_541/2009 cons. 5. 5. du 8 juin 2010 in: *SJ 2010* p. 556); le Conseil fédéral considère que cette convention codifie le droit international coutumier en la matière (cf. Message du Conseil fédéral concernant l'approbation et la mise en œuvre de la CNUJJE du 25 février 2009 in: *FF 2009* p. 1443 ss).

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

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

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

Al. 2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas: a) Si l'employé a été engagé pour s'acquitter de fonctions particulières dans l'exercice de la puissance publique; [...]; d) Si l'action a pour objet le licenciement ou la résiliation du contrat d'un employé et si, de l'avis du Chef de l'Etat, du chef du gouvernement ou du Ministre des affaires étrangères de l'Etat employeur, cette action risque d'interférer avec les intérêts de l'Etat en matière de sécurité; e) Si l'employé est ressortissant de l'Etat employeur au moment où l'action est engagée, à moins qu'il n'ait sa résidence permanente dans l'Etat du for; [...]"

4.3 En matière de contrat de travail, la jurisprudence suisse admet que, si l'Etat accréditant peut avoir un intérêt important à ce que les litiges qui l'opposent à des membres de l'une de ses ambassades exerçant des fonctions supérieures ne soient pas portés devant des tribunaux étrangers, les circonstances ne sont pas les mêmes lorsqu'il s'agit d'employés subalternes. En tout cas, lorsque l'employé n'est pas un ressortissant de l'Etat accréditant et qu'il a été recruté puis engagé au for de l'ambassade, la juridiction du for peut être reconnue dans la règle. L'Etat n'est alors pas touché dans l'exercice des tâches qui lui incombent en sa qualité de titulaire de la puissance publique (ATF 120 II 400 consid. 4a p. 406, ATF 120 II 408 consid. 5b p. 409/410; ATF 110 II 255 consid. 4 p. 261).

Pour décider si le travail accompli par une personne qui est au service d'un Etat ressortit ou non à l'exercice de la puissance publique, il faut partir de l'activité en cause. En effet, à défaut de législation déterminant quelles fonctions permettent à l'Etat accréditant de se prévaloir, à l'égard de leurs titulaires, de son immunité, la désignation de la fonction exercée ne saurait être, à elle seule, un critère décisif. Aussi bien, selon les tâches qui lui sont confiées, tel employé apparaîtra comme un instrument de la puissance publique alors que tel autre, censé occuper un poste identique, devra être classé dans la catégorie des employés subalternes (ATF 120 II 408 consid. 5b p. 410).

La qualification d'emploi subalterne a notamment été donnée aux postes de chauffeur, de portier, de jardinier, de cuisinier (ATF 120 II 400 consid. 4b p. 406), de traducteur-interprète (ATF 120 II 408 consid. 5c p. 410/411), d'employé de bureau (ATF 110 II 255 consid. 4a p. 261), de femme de ménage (arrêt 4C.338/2002 du 17 janvier 2003, consid. 4.2, publié in *Revue de droit du travail et d'assurance-chômage [DTA] 2003 p. 92*) et d'employée de maison (arrêt 4C.73/1996 du 16 mai 1997); il s'agit de fonctions relevant essentiellement de la logistique, de l'intendance et du soutien, sans influence décisionnelle sur l'activité spécifique de la mission dans la représentation du pays (ATF 134 III 570 consid. 2 et les ref. cit.).

A cet égard, le Tribunal fédéral, dans un arrêt récent, a tranché, a contrario, que l'activité d'une employée qui, sous la surveillance de l'ambassadeur, était chargée du service consulaire, prolongeait des passeports et délivrait des visas en signant ces documents relevait d'une fonction étatique. Ces tâches comportaient un lien étroit avec les attributions régaliennes de l'Etat envers ses citoyens à l'étranger et les étrangers d'entrer sur son territoire. Dans ce cas, le Tribunal fédéral a admis l'immunité de juridiction (arrêt du Tribunal fédéral du 4 août 2011 4A.386/2011).

Peu importe également, en principe du moins, de la nationalité de l'employé: celui-ci peut être tiers national ou ressortissant de l'Etat employeur. S'il a été recruté sur place, ou n'a pas été membre du personnel de carrière, et s'il n'a accompli que des tâches subalternes, même l'employé ressortissant de l'Etat défendeur, à tout le moins s'il est résident permanent en Suisse au moment de l'action, pourra, avec succès, saisir les tribunaux de l'Etat du for (ATF 120 II 400

et les ref. cit.). Dans certains cas toutefois, la nationalité identique entre les plaideurs suffit à elle seule – l'employé local fût-il domicilié en Suisse – pour justifier le maintien de l'immunité de juridiction (cf. ATF 134 III 570 cons. 2.2 et 3.1).

4.4 D'une façon générale, lorsqu'un membre du personnel local d'une Mission diplomatique ou permanente exerce une des fonctions énoncées à l'art. 3 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961 (CVRD, RS 0.191.01), respectivement à l'art. 5 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 (CVRC, RS 0.191.02), il accomplit par définition des actes de souveraineté.

4.5 Par ailleurs, l'art. 27 CVRD dispose que *"1. L'Etat accréditaire permet et protège la libre communication de la mission pour toutes fins officielles. En communiquant avec le gouvernement ainsi qu'avec les autres missions et consulats de l'Etat accréditant, où qu'ils se trouvent, la mission peut employer tous les moyens de communication appropriés, y compris les courriers diplomatiques et les messages en code ou en chiffre. Toutefois, la mission ne peut installer et utiliser un poste émetteur de radio qu'avec l'assentiment de l'Etat accréditaire. 2. La correspondance officielle de la mission est inviolable."*

4.6 En l'espèce, l'intimée a été engagée en décembre 1999 en qualité de secrétaire-réceptionniste. Par contrat du 2 avril 2007, elle a été engagée au titre de personnel local de l'Ambassade en tant que "Secrétaire bureautique bilingue". Elle effectuait des tâches usuelles de secrétariat, gérant notamment l'agenda de l'Ambassadeur. Elle exécutait les instructions de son supérieur, à savoir l'Ambassadeur.

Il n'est pas contesté qu'elle avait accès à des informations confidentielles et qu'elle était seule à détenir cet accès de par sa fonction de secrétaire de l'Ambassadeur. Le fait qu'elle a eu des contacts directs avec des autorités à D_____ n'apparaît pas déterminant dans la qualification de ses tâches. En effet, cela relève d'une activité usuelle de secrétariat, et cette situation n'a rien d'exceptionnel pour une personne travaillant au service d'une ambassade ou d'une mission. L'intimée était soumise au secret de fonction et y restait tenue. En outre, il n'est pas démontré qu'elle avait manifestement une influence sur les décisions prises par l'Ambassadeur dans son activité diplomatique. Le contraire paraît même plus plausible au vu de la description de ses tâches. Elle ne devait pas s'acquitter de fonctions particulières dans l'exercice de la puissance publique de l'appelante. Il n'est pas établi par exemple, que ses tâches auraient compris la prolongation des passeports ou la délivrance des visas, sous la surveillance de l'ambassadeur, ce qui serait caractéristique d'une fonction étatique comme le Tribunal fédéral l'a retenu.

Par conséquent, la Cour de céans retient que l'intimée exerçait une fonction relevant de la logistique et du soutien, sans influence décisionnelle sur l'activité spécifique de la mission dans la représentation de l'appelante.

A toutes fins utiles, la Cour de céans relève que l'intimée est certes ressortissante de l'Etat employeur, mais qu'il n'est pas contesté qu'elle a sa résidence permanente dans l'Etat du for ainsi que le prévoit l'art. 11 al. 2 let. e CNUJE. Elle remplissait donc l'exception dans l'exception prévue à l'art. 11 al. 2 let. e CNUJE.

L'appelante soutient encore que contraindre un Etat à participer à une procédure publique l'opposant à une personne qui a, sans limite, accès à toutes les communications confidentielles de la Mission violerait l'art. 27 CVRD.

Ainsi qu'il a été retenu ci-dessus, l'intimée a exercé une tâche subalterne. Le travail accompli par celle-ci ne ressort pas de la puissance publique. L'appelante n'expose d'ailleurs pas le lien que pourrait représenter l'activité de l'intimée et les informations confidentielles connues de celle-ci avec le présent litige de droit du travail qui concerne le paiement de son salaire.

Au vu des considérations qui précèdent, l'immunité de juridiction soulevée par l'appelante sera rejetée et la décision du Tribunal confirmée.

5. A teneur de l'art. 92 de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110), les décisions préjudicielles et incidentes qui sont notifiées séparément et qui portent sur la compétence [...] peuvent faire l'objet d'un recours immédiat.
6. La valeur litigieuse s'élève à 35'527 fr. 65. Elle est donc supérieure à 15'000 fr. (art. 74 al. 1 let. a LTF); le présent arrêt est ainsi susceptible d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral (art. 72 al. 1 LTF). Vu la valeur litigieuse, la procédure devant le Tribunal fédéral n'est pas gratuite (frais judiciaires, dépens; cf. arts. 62 – 68 LTF).
7. La procédure est gratuite (art. 15 al. 3 LaCC).
Il n'est pas alloué de dépens (art. 17 al. 2 LaCC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes, groupe 4 :**

À la forme :

Déclare recevable l'appel formé par la République de A_____ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 1er juillet 2011 (TRPH/449/2011) dans le cadre de la procédure C/30844/2010.

Au fond :

Confirme ledit jugement.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Sylvie DROIN, présidente. Monsieur Olivier GROMETTO, juge employeur, Monsieur Yves DELALOYE, juge salarié, Madame Véronique BULUNDWE-LEVY, greffière.

Indication des voies de recours et valeur litigieuse :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à fr. 15'000.-.