



RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

Juridiction des prud'hommes
Cause n° C/36891/1995 - 5

* COUR D'APPEL *

(CAPH/242/2006)

E _____

Monsieur T _____

Dom. élu : Me Alain MARTI
Rue Michel Chauvet 3
1208 Genève

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT PRÉSIDENTIEL

du 7 décembre 2006

M. Christian MURBACH, président

Mme Catherine MOTTAZ, greffière

EN FAIT

- A. T_____, ressortissant de E_____ né le 11 mars 1965, a été engagé, avec effet au 1^{er} novembre 1992, au sein du Consulat général de E_____ (ci-après E_____) à Genève, en qualité "d'agent contractuel", pour exercer les fonctions de "conducteur (service)" (pièce 1 dem., art. 1; pièce 5 dem.). Séjournant auparavant à Genève au bénéfice d'une autorisation pour étudiant, l'employé s'est rendu à la capitale de E_____, pour y être formellement engagé et obtenir un visa d'entrée de l'Ambassade de Suisse (procès-verbal de l'audience du 25.06.1996, p. 2).

Le Département fédéral des affaires étrangères (ci-après DFAE) a délivré à T_____ une carte de légitimation, mentionnant son titre d' "employé au service du Consulat général (...)" (pièce 2 dem.).

- B. Le contrat d'engagement avait été conclu pour une durée d'un an, renouvelable tacitement d'année en année (pièce 1 dem., art. 2) et pouvait être résilié par l'une ou l'autre des parties moyennant le respect d'un préavis d'un mois. Toutefois, une résiliation sans préavis ni indemnité pouvait intervenir pendant les six premiers mois suivant le recrutement ou, ultérieurement, en cas d'indiscipline, de faute lourde ou d'insuffisance professionnelle. En cas de résiliation par l'employeur après les six premiers mois, une indemnité "conforme à la réglementation en vigueur" était due à l'employé (art. 8).

Le contrat prévoyait en outre un salaire mensuel de fr. 2'500.- brut (art. 3), un droit annuel de détente "conforme à la réglementation applicable en la matière" après une année (art. 4) et l'assujettissement de l'employé au régime général de sécurité sociale en vigueur dans le pays dans lequel l'activité était déployée (art. 5).

Outre "les obligations professionnelles prévues par la Législation et la Réglementation en vigueur et s'appliquant au présent contrat", l'employé devait notamment s'abstenir de tout comportement incompatible avec la dignité attachée à sa fonction, observer une discrétion absolue à l'égard des faits portés à sa connaissance dans l'exercice de son activité et renoncer à toute activité lucrative (art. 6). La violation de ces obligations pouvait être sanctionnée d'un avertissement, d'un blâme, de la suspension du traitement pendant quinze jours ou de la résiliation des rapports contractuels (art. 7).

Les juridictions de E_____ devaient être seules compétentes pour connaître d'un litige né de l'exécution du contrat (Section VI).

- C. Sans abandonner complètement son activité de chauffeur, T_____ a été amené à accomplir d'autres tâches de septembre 1993 à septembre 1994. Affecté au Service des visas, il était notamment chargé de préparer les dossiers lors du dépôt des demandes, avant de soumettre celles-ci au Chef de poste. Il établissait ensuite les visas ou informait les intéressés du rejet de leur requête. Il tenait à jour le registre des visas et le fichier des interdits de séjour en E_____. Il gérait également les archives du service (procès-verbal du 25.06.1996, p. 3).
- D. T_____ s'est trouvé incapable de travailler pour raison de maladie du 9 février au 2 mars 1995 (pièce 3 dem.). Par lettre du 15 février 1995, signée de l'Attaché de Chancellerie du Consulat général à Genève, E_____ lui a annoncé la fin des rapports de travail avec effet au 13 mars 1995, en raison d' "un comportement d'indiscipline vis-à-vis du Chef de poste". L'employé était invité à reprendre son activité au terme de son congé de maladie pour respecter le préavis de résiliation d'un mois (pièce 4 dem.).
- E. Par acte du 14 août 1995, T_____ a assigné "Monsieur A_____", Consul général de E_____, en paiement des sommes de fr. 6'175.- à titre de différence entre le salaire dû au "chargé de visas" et le salaire perçu pour la période allant de septembre 1993 à septembre 1994, de fr. 3'905.50 à titre d'indemnité pour des heures supplémentaires et de fr. 8'400.- à titre d'indemnité "pour congé nul". Il a déposé un nouveau formulaire de demande le 19 octobre 1995, précisant vouloir assigner E_____, et non son consul.

Par lettre du 27 février 1996, l'Ambassade de E_____ à Berne a transmis au DFAE la réponse du Consulat général, en précisant que celui-ci entendait faire valoir son immunité de juridiction. Dans sa réponse, le Consulat général a, pour sa part, soulevé une exception d'incompétence de la Juridiction des prud'hommes, tant à raison du lieu qu'au vu de la carte de légitimation de type E délivrée à son ancien employé. Elle s'est toutefois prononcée sur le fond du litige. Les heures supplémentaires annoncées avaient ainsi été payées. T_____ ne pouvait, par ailleurs, prétendre à un salaire supérieur au sien, dès lors qu'en sa qualité d' "Agent Administratif à titre occasionnel, [il] ne possédait ni qualification, ni expérience en la matière, sa tâche [étant] essentiellement limitée à aider le titulaire du poste de travail, qui [était] un diplomate de carrière (...)". L'indemnité de licenciement n'était pas due en raison de la faute professionnelle et des indisciplines répétées de l'intéressé. Le Consulat général relevait enfin que son ancien employé n'avait jamais émis aucune réclamation ou requête en rapport avec des heures supplémentaires ou la réévaluation de son salaire.

- F. E_____ n'a pas comparu à l'audience du Tribunal des prud'hommes du 25 juin 1996.

Dans un jugement incident daté du jour de l'audience, le Tribunal a admis sa compétence matérielle, au motif que T_____ n'avait pas été nommé employé d'Etat ou fonctionnaire en application du droit administratif de E___, mais engagé par acte de droit privé. Il a également admis sa compétence à raison du lieu, écartant notamment la clause contractuelle de prorogation de for, au vu de l'intérêt évident de l'employé à porter le litige devant les juges du lieu où il avait accompli son travail. Retenant que l'activité déployée revêtait un caractère subalterne et ne relevait pas de la puissance publique de l'employeur, le Tribunal a, par ailleurs, écarté l'exception d'immunité de juridiction soulevée par E_____.

Ajournant les débats à une prochaine audience devant porter sur le fond du litige, le Tribunal a précisé que sa décision, réputée contradictoire, pouvait faire l'objet d'un appel à la Cour d'appel des prud'hommes.

Après que le DFAE et l'Office fédéral de la justice avaient constaté les refus successifs de E_____ d'accepter les actes qui lui étaient notifiés par voie diplomatique, le greffe de la Juridiction des prud'hommes a notifié le jugement précité à E_____ par voie édictale, dans la Feuille d'Avis Officielle du canton de Genève du 26 novembre 2004. L'avis précisait qu'un appel pouvait être interjeté auprès de la Cour d'appel des prud'hommes dans un délai de soixante jours à compter de la publication.

- G. Par acte du 20 janvier 2005, E_____ a constitué Me Alain MARTI, élu domicile en l'Etude de celui-ci et formé opposition contre le jugement du 25 juin 1996. Elle a conclu à l'admission de l'opposition, à la reconnaissance de son immunité de juridiction et au rejet de la demande.

A l'appui de son opposition, E_____ a rappelé qu'elle n'avait pas comparu à la première audience du Tribunal. Le défaut consistant précisément à constater l'absence d'une partie, le jugement entrepris n'avait pas été rendu contradictoirement, de sorte que la voie de l'opposition était ouverte. En qualité de "responsable du service des visas", T_____ avait déployé une activité ressortissant avec évidence de l'exercice de la puissance publique de E_____. Il avait d'ailleurs notamment été engagé en raison de sa nationalité, le fait qu'il réside provisoirement en Suisse à cette époque n'étant pas pertinent. E_____ disposait d'un intérêt manifeste à ce que le litige soit porté devant ses juridictions nationales et devait en conséquence être mise au bénéfice de son immunité de juridiction. La clause de prorogation de for, signée par l'employé, était par ailleurs valable et la compétence locale de la Juridiction des prud'hommes n'était pas donnée.

- H. Le conseil de E_____ s'est présenté à l'audience du 28 avril 2005, en précisant que les personnes susceptibles de représenter sa mandante faisaient valoir "leurs immunités diplomatiques". T_____ ayant déclaré persister dans ses conclusions, le Tribunal a mis un terme à l'audience et gardé la cause à juger.
- I. Par jugement TRPH/700/2005 du 20 septembre 2005, expédié aux parties pour notification par pli recommandé du 21 septembre 2005, le Tribunal des prud'hommes a déclaré l'opposition recevable, considérant avec E_____ que le jugement entrepris avait été rendu par défaut. Il a ensuite confirmé sa précédente décision d'admettre sa compétence, tant locale que matérielle, et de rejeter l'exception d'immunité de juridiction soulevée par E_____. Sur ce dernier point, il a précisé qu'une fois l'exception d'immunité de juridiction rejetée, un Etat ne pouvait invoquer l'immunité de juridiction dont bénéficient ses représentants lorsqu'ils sont assignés à titre personnel. Enfin, il a octroyé le plein de ses conclusions à T_____.

Le Tribunal a prononcé second défaut contre E_____ en tant qu'il statuait sur sa compétence et l'exception d'immunité de juridiction. Il a en revanche prononcé premier défaut en tant qu'il faisait droit à la demande.

- J. E_____ a interjeté appel contre ledit jugement par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 13 octobre 2005, concluant à ce que la Cour d'appel des prud'hommes reconnaisse son immunité de juridiction, ainsi que la validité de la clause de prorogation de for contenue dans le contrat de travail, et rejette la demande.

EN DROIT

1. L'appel a été interjeté dans la forme et le délai prescrits à l'art. 59 al. 1 de la loi sur la juridiction des prud'hommes (ci-après LJP), de sorte qu'il est recevable à ces égards.
2. A teneur de l'art. 57 al. 1 LJP, le président de la Cour d'appel peut statuer seul et sans audience sur les appels portant sur une question de litispendance, de compétence, d'autorité de la chose jugée, de récusation ou toute autre question de nature procédurale.

Dans son appel, E_____ reproche au Tribunal d'avoir refusé de la mettre au bénéfice de son immunité de juridiction et d'avoir admis sa compétence locale, malgré l'existence d'une clause contractuelle de prorogation de for. Il s'agit manifestement de questions de nature procédurale, que le président de la Cour de céans peut trancher seul.

3. Les deux jugements rendus par le Tribunal pour statuer sur sa compétence et l'exception d'immunité de juridiction ont été prononcés par défaut, ce que l'appelante ne remet pas en cause. Il convient, dès lors, d'examiner la recevabilité de l'appel, en tant qu'il est dirigé contre une décision rendue sur second défaut d'une partie défenderesse.

3.1. A teneur de l'art. 56 al. 4 LJP, la partie défaillante n'est pas recevable à appeler du jugement qui l'a condamnée par défaut. Identique à l'art. 294 de la loi de procédure civile (ci-après LPC), lequel est applicable en procédure civile ordinaire, cette disposition institue une exception au principe de l'indépendance des voies de recours. Elle refuse à une partie le droit de se plaindre d'une décision à l'instance supérieure, lorsque ladite partie a refusé de collaborer à l'instruction de la cause. Elle tend également à éviter qu'une partie ne puisse, par le biais d'un appel contre un jugement par défaut, soumettre directement sa cause à la seconde instance cantonale (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, n. 1 ad art. 294). La partie défaillante doit en principe agir par la voie de l'opposition, pour autant qu'il s'agisse d'un premier défaut. En cas d'opposition et de nouvelle absence, second défaut est prononcé, sans qu'une nouvelle opposition ne soit possible (art. 38 al. 1 LJP).

Selon la jurisprudence de la Cour d'appel, un plaideur doit toutefois être autorisé à remettre en cause, par la voie de l'appel, un jugement prétendument prononcé par défaut, par exemple en contestant avoir été valablement cité à comparaître ou en affirmant avoir valablement comparu (CAPH/42/2001 du 19.02.2001, rendu en la cause C/5075/2000 - 2, consid. 2a p. 5). En d'autres termes, la partie doit pouvoir faire vérifier que le défaut a été prononcé en conformité avec les dispositions légales applicables.

Dans une récente décision, la Cour d'appel a jugé qu'il devait en aller de même lorsque le plaideur ne contestait pas le prononcé du défaut, mais l'application faite par le Tribunal des dispositions régissant ses conséquences (CAPH/237/2006, rendu en la cause C/29142/2001 - 4, consid. 4). A teneur de l'art. 35 al. 1 LJP, le Tribunal doit en effet accorder le plein de ses conclusions à la partie demanderesse lorsque la partie défenderesse fait défaut, sauf s'il est incompetent ou que les conclusions ne sont pas fondées sur les faits articulés ou les pièces produites (cf. également l'art. 80 LPC). Nonobstant l'absence d'une partie, il doit ainsi examiner la question de sa compétence, voire statuer sur une éventuelle exception d'immunité de juridiction. Il ne peut toutefois procéder à

l'instruction de la cause et ne dispose, pour trancher l'ensemble de ces questions, que du dossier, doit des écritures et des pièces produites par la partie présente. Il doit au surplus présumer que les allégations de la partie présente sont exactes, tant lors de l'examen du fond du litige que lors de celui des problèmes de compétence ou d'immunité. L'art. 56 al. 4 LJP interdit incontestablement à la partie défaillante d'appeler d'une décision sur compétence ou au fond, rendue par défaut, en alléguant des faits et en offrant des preuves qu'elle avait renoncé à présenter aux premiers juges. La voie de l'opposition est seule ouverte pour ce faire. La partie défaillante doit, en revanche, être recevable à appeler du jugement par défaut si elle estime qu'au vu des faits allégués et des pièces produites devant le Tribunal, celui-ci aurait dû, s'il avait fait une juste application de l'art. 35 al. 1 LJP ou d'autres dispositions légales, de procédure ou de droit matériel, parvenir à une décision différente, par exemple en se déclarant incompétent à raison du lieu ou de la matière, ou encore en rejetant certaines prétentions.

3.2. Dans son appel, E_____ soutient que les premiers juges auraient dû, sur la base des éléments en leur possession, admettre l'immunité de juridiction et nier leur compétence à raison du lieu. Ce faisant, elle critique l'application faite par les premiers juges de l'art. 35 al. 1 LJP et des principes jurisprudentiels établis par le Tribunal fédéral sur l'immunité de juridiction des Etats. Au vu de ce qui précède, son appel est manifestement recevable.

4. L'appelante reproche au Tribunal de ne pas l'avoir mise au bénéfice de son immunité de juridiction.

4.1. 4.1.1. Conformément aux principes rappelés ci-dessus (cf. *supra* consid. 3.1. p. 6 sv), le Tribunal ne peut, en cas de défaut, accorder des conclusions s'il n'est pas compétent pour en connaître ou si elles ne sont pas fondées sur les faits articulés ou les pièces produites. L'art. 35 al. 1 LJP, posent une présomption d'exactitude, les faits allégués par la partie présente étant réputés vrais dans la mesure où le contraire ne résulte pas du dossier (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 4 ad art. 80). Le Tribunal n'applique pas seulement cette présomption pour trancher le *bien-fondé* des conclusions, mais aussi pour examiner la question de sa compétence ou de l'immunité de juridiction dont pourrait bénéficier une partie (CAPH/237/2006 précité, consid. 7.1.1.).

4.1.2. Comme le Tribunal l'a rappelé dans ses considérants (TRPH/700/2005, consid. 6 p. 11 sv), la Suisse conçoit de manière restrictive l'immunité de juridiction des Etats. Ceux-ci ne peuvent l'invoquer que dans la mesure où ils ont agi en vertu de leur souveraineté, soit *de iure imperii*, et non s'ils ont agi comme titulaires d'un droit privé, soit *de iure gestionis*. Le juge appelé à qualifier l'acte accompli par l'Etat doit examiner sa nature et non son but. Il recourra si nécessaire à des critères extérieurs à cet acte et procèdera à une pondération

entre l'intérêt de l'Etat à bénéficier de l'immunité et celui du demandeur à obtenir une protection judiciaire de ses droits (ATF 120 II 408, consid. 5a p. 409).

En matière de contrat de travail, l'intérêt de l'Etat à bénéficier de son immunité de juridiction est en principe important lorsqu'il est en litige avec un haut responsable de l'une de ses ambassades, exerçant des fonctions supérieures. Tel n'est pas le cas lorsqu'il est opposé à un employé subalterne. La désignation de la fonction n'est pas déterminante pour décider si l'activité exercée par l'employé ressortit ou non à la puissance publique. Il faut bien plutôt examiner les tâches concrètes ayant été confiées à l'intéressé. La nationalité de l'employé peut jouer un rôle (ATF 120 II 408, consid. 5b p. 409 sv). Le seul fait que le demandeur soit ressortissant de l'Etat assigné n'implique toutefois pas nécessairement que l'immunité de juridiction doive être admise.

Dans l'arrêt précité, le Tribunal fédéral avait considéré que la République de B___ ne pouvait exciper de son immunité de juridiction dans le litige l'opposant à l'un de ses ressortissants, recruté à Genève par voie de presse. Percevant un salaire modeste, l'intéressé avait assuré la traduction de l'ensemble des documents concernant la Mission de l'Etat à Genève, rédigé certaines lettres, participé comme interprète à des conférences et réceptions organisées au sein de la Mission et assisté les enfants de l'ambassadeur dans leurs tâches scolaires. Le Tribunal fédéral avait admis que l'activité de traducteur-interprète impliquait nécessairement que l'employé avait eu accès à des documents présentant un caractère confidentiel marqué. L'intéressé n'avait toutefois pas participé à la formation de la volonté de son employeur, mais s'était attaché à rendre le plus fidèlement possible les propos ou écrits portés à sa connaissance. Nonobstant sa nature intellectuelle, l'activité déployée par le traducteur-interprète ne présentait pas un caractère moins subalterne que les tâches accomplies par les secrétaires, chauffeurs, dactylos, archivistes ou membres du service de sécurité des missions et ambassades, lesquels avaient également accès à des informations confidentielles (ATF 120 II 408, consid. 5c p. 410 sv). Dans un arrêt récent, la Cour de céans a par ailleurs retenu qu'une standardiste occupait également une position subalterne (CAPH/237/2006 précité).

Pour le reste, la compétence des juridictions suisses implique que le rapport de droit en cause soit en lien avec notre pays. Tel est le cas lorsque le rapport de droit est né en Suisse ou lorsqu'il devait y être exécuté ou, tout au moins, que le débiteur ait accompli certains actes de nature à y créer un lieu d'exécution (ATF 120 II 408, consid. 5c p. 411). Dans le cas particulier du contrat de travail, un tel lien avec la Suisse ne doit pas être nié au seul motif que l'employé y réside au bénéfice d'une carte d'identité spéciale ou, autrement dit, d'une carte de légitimation délivrée par le DFAE. Certes, le titulaire d'une telle carte doit en principe quitter le pays à la fin de son emploi. Il n'est par ailleurs pas considéré comme un résident permanent de l'Etat accréditaire au regard du droit des assurances sociales (art. 37 ch. 3 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques; art. 1a al. 2 lit. a de la Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants; art. 1b lit. a du Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants) et

ne peut en conséquence être affilié au régime suisse de sécurité sociale (ATF 120 V 405). La notion susmentionnée de résident permanent est toutefois propre à un domaine particulier du droit public et trouve sa justification dans le régime fiscal et de sécurité sociale dont bénéficient notamment les membres du personnel consulaire des Etats étrangers en Suisse. Le droit civil connaît ses propres concepts, tel le domicile qui, à teneur de l'art. 20 de la loi fédérale sur le droit international privé (ci-après LDIP) ou de l'art. 23 al. 1 du Code civil, coïncide avec le lieu où la personne réside avec l'intention de s'y établir. Le fait de séjourner en Suisse au bénéfice d'une carte de légitimation et non d'une autorisation de séjour ordinaire n'exclut donc pas, par principe, qu'il existe un lien suffisamment étroit avec la Suisse pour admettre la compétence d'une juridiction à connaître d'un litige de droit privé (CAPH du 05.12.2002, en la cause C/2737/2001 - 5, p. 26 et 27).

4.2. Il ressort du dossier à disposition du Tribunal - qui ne saurait être complété en appel -, notamment du contrat de travail, que l'intimé a été engagé en qualité de chauffeur (cf. *supra* EN FAIT, lit. A). Il a ensuite été affecté, pour partie de son temps de travail, au Service des visas (cf. *supra* EN FAIT, lit. C). Chargé notamment de transmettre les demandes de visas au Chef de poste, d'informer les requérants de l'issue réservés à leur requête, de gérer les archives du service et de tenir un registre des interdits de séjour en Algérie, il avait incontestablement accès à certaines informations privilégiées. Celles-ci ne peuvent toutefois être considérées comme étant plus sensibles que celles pouvant être portées à la connaissance d'une secrétaire, d'un interprète-traducteur, d'une standardiste, voire même d'un employé de maison partageant la vie quotidienne de diplomates de haut rang. L'appelante elle-même a qualifié l'intimé d'agent administratif "occasionnel", sans formation ni expérience, chargé d'assister le Chef de poste, lui-même diplomate et seul autorisé à décider de l'octroi ou du refus d'un visa (cf. *supra* EN FAIT, lit. E). L'activité de l'intimé ne ressortissait donc pas de l'exercice de la puissance publique. Sa nationalité ne saurait contrebalancer cet élément primordial, pas plus que l'octroi d'une carte de légitimation par le DFAE, si tant est que le genre de carte de légitimation établie puisse être considéré comme un indice en la matière. A cet égard, il y a lieu de préciser que la carte précise expressément que l'intimé appartient au personnel de service du consulat.

Au vu de ce qui précède, les premiers juges ont admis à juste titre le caractère subalterne de l'activité déployée par l'intimé.

Les liens avec la Suisse et, plus particulièrement avec notre canton, étaient par ailleurs effectivement suffisants pour admettre la compétence de la Juridiction des prud'hommes, dans la mesure où l'intimé séjournait déjà à Genève lorsqu'il a offert ses services au Consulat général de l'appelante, que le lieu d'exécution du contrat de travail était sis dans cette ville et que l'intimé y réside depuis plus de quatorze ans.

Le jugement entrepris doit ainsi être confirmé en tant qu'il refuse de mettre l'appelante au bénéfice de son immunité de juridiction.

5. L'appelante excipe de l'incompétence *ratione loci* de la juridiction genevoise des prud'hommes.

5.1. Vu la qualité de l'employeur, le contrat de travail conclu par les parties présente incontestablement un caractère international. Dans la mesure où la qualification du contrat faisant l'objet du litige est nécessaire à l'application des règles de conflit, le juge doit appliquer la *lex fori* (ATF 111 II 276, consid. 1c p. 278; KNOPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, Droit international privé suisse, 2005, n. 294 ss; DUTOIT, Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 2005, n. 2 ad art. 5).

L'appelante considère en l'espèce, tout comme l'intimé et à juste titre, avoir été liée par un contrat de travail de droit privé (cf. appel n. 19 p. 6 et 7). Un Etat peut en effet parfaitement se servir, dans l'accomplissement de sa mission, d'institutions de droit privé et confier à des particuliers, nationaux ou étrangers, les tâches les plus diverses par un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO. Nombreux sont les Etats qui, pour des raisons de souplesse dans la gestion du personnel, optent pour le recrutement "d'agents contractuels", en particulier dans les services diplomatiques et consulaires (CAPH du 05.12.2002, en la cause C/2737/2001 - 5, p. 13; CAPH du 10.06.2004, en la cause C/6626/2001, p. 17 et 18; et les références citées). Tel était manifestement le cas en l'espèce et le contrat liant les parties doit être qualifié de contrat de travail de droit privé en vue de l'application des règles de conflit, soit de la LDIP.

5.2. 5.2.1. L'élection de for est régie par l'art. 5 LDIP. Cette disposition ne contient aucune précision sur les conditions nécessaires à la validité de l'accord des parties de proroger le for. Il a toutefois été jugé qu'il n'était pas arbitraire d'appliquer la *lex fori* pour trancher cette question (ATF 122 III 439, consid. 3 p. 441 ss; SJ 1998 p. 325, consid. 2 p. 328; DUTOIT, op. cit., n. 2 ad art. 5). Le juge suisse est ainsi amené à faire application des dispositions générales du Code des obligations (ci-après CO) lorsqu'il doit vérifier la validité d'une convention de prorogation de for, en particulier lorsqu'une partie invoque un vice du consentement.

5.2.2. A teneur de l'art. 5 al. 1 LDIP, les parties peuvent convenir du tribunal appelé à trancher un différend, né ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, pour autant que le litige concerne une matière patrimoniale. Il est unanimement admis qu'une élection de for en matière de contrat de travail international est valable au regard de la LDIP. Contrairement à ce que prévoient l'art. 17 ch. 5 de la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ou l'art. 21 al. 1 lit. d de la loi fédérale sur les fors, l'élection est valable même si elle a été convenue avant la survenance du litige (BONOMI, Compétence internationale et droit applicable en matière de contrats de travail, in: Assujettissement, cotisations et

questions connexes selon l'Accord sur la libre circulation des personnes CH-CE, 2004, p. 84; KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2004, n. 12 et 20 ad art. 115; DUTOIT, op. cit., n. 4 ad art. 5; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, op. cit., n. 614 p. 347 sv; cf. également CAPH du 15.12.2004 en la cause C/17800/2000 - 4, n. 48 p. 14). Sauf stipulation contraire, l'élection de for est alors exclusive.

L'élection de for est sans effet si elle conduit à priver d'une manière abusive une partie de la protection que lui assure un for prévu par le droit suisse (art. 5 al. 2 LDIP). Cette disposition tend à offrir à une partie la même protection, dans les relations internationales, que celle que le Tribunal fédéral lui reconnaissait dans les rapports intercantonaux en application de l'art. 59 aCst (DUTOIT, op. cit., n. 11 ad art. 5; VOLKEN, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2004, n. 102 ad art. 5). L'existence de l'abus de droit doit être appréciée en fonction des circonstances du cas particulier. Elle peut notamment être retenue lorsque la clause d'élection de for est peu lisible, lorsque l'attention de la partie inexpérimentée n'a pas été spécialement attirée sur son existence ou sa portée, ou lorsqu'elle rend excessivement difficile l'accès du travailleur à la justice, par exemple en raison de l'absence de lien significatif de celui-ci avec l'Etat du tribunal élu (BONOMI, op. cit., p. 85).

Appelée à connaître d'un litige opposant un Etat au réceptionniste de son consulat général à Genève, La Cour d'appel des prud'hommes avait notamment fait application de l'art. 5 al. 2 LDIP pour écarter une clause de prorogation de for exclusive en faveur d'une juridiction de l'Etat employeur, au motif que l'on ne pouvait imposer au demandeur, parlant la langue de cet Etat sans en être ressortissant, de plaider sa cause dans un pays aussi éloigné de son domicile et de son lieu de travail, qui plus est devant une juridiction dont les "contours juridiques" lui semblaient incertains" (CAPH du 15.12.2004, n. 54 p. 15).

5.2.3. A défaut d'élection de for, c'est l'art. 115 LDIP qui détermine les tribunaux compétents pour connaître des actions relatives au contrat de travail. En principe, les tribunaux suisses du domicile du défendeur ou du lieu habituel de travail sont compétents dans ce domaine (al. 1). Le législateur a toutefois élargi la protection du travailleur, partie faible au contrat, en permettant également à celui-ci de saisir les tribunaux de son domicile ou de sa résidence habituelle (art. 115 al. 2 LDIP).

A teneur de l'art. 20 al. 1 LDIP, l'Etat de domicile correspond à celui dans lequel une personne réside avec l'intention de s'y établir (lit. a). L'Etat de la résidence habituelle correspond à celui dans lequel une personne réside pendant une certaine durée, même si celle-ci est de prime abord limitée (lit. b).

5.3. Dans la décision entreprise, les premiers juges ont considéré que l'intimé, partie faible au contrat, avait un intérêt évident à pouvoir porter son litige devant les juges du lieu où il avait accompli son travail, au vu de l'instabilité, même

momentanée ou partielle, de la situation prévalant à l'époque en Algérie. Ils ont ainsi fait application de l'art. 5 al. 2 LDIP et écarté la clause de prorogation de for.

En l'espèce, l'intimé résidait déjà en Suisse au moment de son recrutement, comme employé subalterne du Consulat général. Il y est resté après la résiliation de son contrat, en 1995, et y est toujours domicilié. Nonobstant sa nationalité, il y a lieu de retenir que sa situation est semblable à celle d'un employé d'une autre nationalité, résidant en Suisse et y travaillant pour la mission permanente, l'ambassade ou le consulat d'un Etat. Encore étudiant au moment de son engagement, alors sans formation particulière et embauché à un poste subalterne de chauffeur, l'intimé n'était manifestement pas en position de négociateur d'égal à égal les termes de son contrat avec son futur employeur. Il ne saurait être comparé à employé ou cadre dirigeant d'une entreprise, plus à même, en raison de son expérience, de ses compétences et de l'importance de son rôle futur chez son employeur, de comprendre la portée d'une telle clause et, partant, de défendre ses intérêts durant les contacts précontractuels.

Le salaire de l'intimé était en outre en relation directe avec ses faibles responsabilités, de sorte que son employeur ne pouvait ignorer, lors de la conclusion du contrat, que le travailleur rencontrerait de grandes difficultés à financer les voyages et séjours que ne manquerait pas d'engendrer la conduite d'un procès en Algérie. Le temps nécessaire à la participation à une telle procédure devait par ailleurs nécessairement se révéler incompatible avec la poursuite d'une activité professionnelle en Suisse, tant il paraît difficile d'imaginer que les quatre à cinq semaines de vacances annuelles puissent être suffisantes ou que l'intimé puisse systématiquement convaincre son nouvel employeur de lui accorder des congés aux dates fixées.

Les premiers juges ont ainsi écarté à juste titre la clause de prorogation de for, qui privait de manière abusive l'intimé, partie faible au contrat de travail, d'un for prévu par le droit suisse. Les raisons invoquées, soit la seule mention d'une instabilité de E_____ au moment de la procédure de première instance, ne sont toutefois pas convaincantes.

Le jugement sera ainsi confirmé sur ce point, mais avec substitution de motifs.

6. Les parties ne remettent pas en cause la compétence matérielle de la Juridiction des prud'hommes. La Cour d'appel des prud'hommes doit toutefois examiner d'office cette question (art. 50 al. 2 et 66 LJP).

La Juridiction des prud'hommes est compétente pour connaître des litiges découlant des rapports de travail de droit privé (art. 1 al. 1 lit. a LJP). Comme indiqué ci-dessus (cf. *supra* consid. 5.1.), les parties ont effectivement été liées

par un tel contrat, de sorte que les premiers juges ont admis à juste titre leur compétence matérielle.

7. Vu la valeur litigieuse en seconde instance, inférieure à fr. 30'000.-, la procédure reste gratuite (art. 60 al. 1 et 76 al. 1 LJP).

PAR CES MOTIFS

Le président de la Cour d'appel des prud'hommes,

Statuant seul et sans audience :

1. Reçoit l'appel interjeté par la E_____ contre le jugement TRPH/700/2005 dans la cause C/36891/1995 - 3 l'opposant à T_____.
2. Le rejette.
3. Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président