REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

AC/2661/2019 **DAAJ/36/2021**

COUR DE JUSTICE

Assistance judiciaire

DÉCISION DU VENDREDI 1ER AVRIL 2021

Statuant sur le recours déposé par :

Madame A_____, domiciliée c/o B_____, _____[GE],

représentée par Me Manuel BOLIVAR, avocat, rue des Pâquis 35, 1201 Genève,

contre la décision du 15 décembre 2020 de la Vice-présidente du Tribunal de première instance.

Notification conforme, par pli(s) recommandé(s) du greffier du 12 avril 2021

EN FAIT

A. **a.** A_____ (ci-après : la recourante), ressortissant mexicaine, a requis et obtenu, par décision du 23 septembre 2019, le bénéfice de l'assistance judiciaire pour une procédure devant le Tribunal des prud'hommes (TPH) dans laquelle elle a formulé une demande en paiement à l'encontre de ses anciens employeurs, fonctionnaires auprès de la Mission permanente du Mexique à Genève, avec lesquels elle avait signé un contrat de travail le 21 avril 2013, aux termes duquel elle était engagée en tant que domestique privée.

D_____ a réclamé à ses anciens employeurs la somme de 172'304 fr. sous déduction d'un montant net de 69'584 fr. déjà perçu, dont 143'730 fr. à titre de différence de salaire prévu entre le Contrat type de travail pour l'économie domestique (CTT-Edom) et l'ordonnance du Conseil fédéral sur les conditions d'entrée, de séjour et de travail des domestiques privés des personnes bénéficiaires de privilèges, d'immunités et de facilités (ODPr); elle a également réclamé le paiement de son salaire pendant le délai de congé - ayant été licenciée avec effet immédiat sans justes motifs -, une indemnité pour licenciement avec effet immédiat injustifié, ainsi que le paiement d'heures supplémentaires.

S'agissant de ses griefs en lien avec la différence de salaire, elle a invoqué à l'appui de sa demande, se fondant sur la Constitution fédérale, la CEDH et le Pacte II de l'ONU, que l'application de l'ODPr occasionnait une inégalité de traitement entre les domestiques privés non-européens et les employés suisses et européens exerçant la même activité et bénéficiant du CTT-Edom. Elle a développé cette argumentation à l'aide de calculs détaillés portant sur les revenus et charges supportés par les deux catégories d'employés.

b. Par jugement du 18 novembre 2020, le TPH a condamné l'un de ses anciens employeurs à verser à la recourante la somme nette de 10'870 fr. 10, considérant que le licenciement avec effet immédiat était injustifié. Le TPH a estimé que le CTT-Edom n'était pas applicable à la relation contractuelle, dans la mesure où l'employeur de la recourante était employé de la Mission permanente du Mexique et que la recourante avait été mise au bénéfice d'une carte de légitimation de type F. Il était douteux que le TPH puisse examiner à titre préjudiciel la constitutionnalité d'une loi ou d'une ordonnance, ce d'autant plus que cette ordonnance avait été adoptée par le Conseil fédéral conformément à la compétence qui lui avait été déléguée par la Loi sur l'Etat Hôte (LEH). Enfin, les travaux préparatoires permettaient de comprendre que le législateur avait pris en compte les différences et particularités des situations des employés de maison engagés par les fonctionnaires internationaux par rapport aux employés de maison "*ordinaires*", les premiers étant exonérés fiscalement sur leur salaire et leur assurance-maladie étant prise en charge par leur employeur, contrairement aux seconds.

c. La recourante a fait appel de ce jugement, estimant que le TPH a violé le principe de la libre appréciation des preuves en ne tenant pas compte des statistiques du DFAE

qu'elle avait produites et qui démontraient l'inégalité de traitement existant entre les ressortissants européens et extra-européens, les statistiques indiquant qu'entre le 3 mars 2017 et le 1er février 2020, seuls 20 des 646 domestiques privés auxquels avait été délivrée une carte de légitimation provenaient de pays européens et qu'au 2 décembre 2019, seuls 4 domestiques privés sur 277 titulaires d'une carte de légitimation provenaient de pays européens; que le TPH n'avait ainsi pas motivé sa décision s'agissant de l'application de l'ODPr en lieu et place du CCT-Edom, en particulier ne s'était pas prononcé sur l'inégalité de traitement invoquée.

B. Le 4 décembre 2020, la recourante a sollicité l'extention de l'assistance juridique déjà octroyée pour faire appel du jugement du TPH du 18 novembre 2020.

C. Par décision du 15 décembre 2020, notifiée le 21 décembre 2020, la Vice-présidente du Tribunal de première instance a rejeté la requête d'assistance juridique précitée, au motif que la cause de la recourante était dénuée de chances de succès.

D. **a.** Recours est formé contre cette décision, par acte expédié le 23 décembre 2020 à la Présidence de la Cour de justice. La recourante conclut à l'annulation de la décision entreprise et à l'octroi de l'extension sollicitée.

b. La Vice-présidente du Tribunal de première instance a renoncé à formuler des observations.

c. Par avis du 7 janvier 2021, la recourante a été informée de ce que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. **1.1.** La décision entreprise est sujette à recours auprès de la présidente de la Cour de justice en tant qu'elle refuse l'assistance juridique (art. 121 CPC et art. 21 al. 3 LaCC), compétence expressément déléguée au vice-président soussigné sur la base des art. 29 al. 5 LOJ et 10 al. 1 du Règlement de la Cour de justice (RSG E 2 05.47). Le recours, écrit et motivé, est introduit auprès de l'instance de recours (art. 321 al. 1 CPC) dans un délai de dix jours (art. 321 al. 2 CPC et 11 RAJ).

1.2. En l'espèce, le recours est recevable pour avoir été interjeté dans le délai utile et en la forme écrite prescrite par la loi.

1.3. Lorsque la Cour est saisie d'un recours (art. 121 CPC), son pouvoir d'examen est limité à la violation du droit et à la constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC, applicable par renvoi de l'art. 8 al. 3 RAJ). Il appartient en particulier au recourant de motiver en droit son recours et de démontrer l'arbitraire des faits retenus par l'instance inférieure (HOHL, Procédure civile, tome II, 2ème éd., n. 2513-2515).

2. **2.1.**

2.1.1 Reprenant l'art. 29 al. 3 Cst., l'art. 117 CPC prévoit que toute personne qui ne

dispose pas de ressources suffisantes a droit à l'assistance judiciaire à moins que sa cause paraisse dépourvue de toute chance de succès.

Un procès est dépourvu de chances de succès lorsque les perspectives de le gagner sont notablement plus faibles que les risques de le perdre, et qu'elles ne peuvent donc être considérées comme sérieuses, de sorte qu'une personne raisonnable et de condition aisée renoncerait à s'y engager en raison des frais qu'elle s'exposerait à devoir supporter; en revanche, une demande ne doit pas être considérée comme dépourvue de toute chance de succès lorsque les perspectives de gain et les risques d'échec s'équilibrent à peu près ou lorsque les premières sont seulement un peu plus faibles que les seconds. Ce qui est déterminant est de savoir si une partie, qui disposerait des ressources financières nécessaires, se lancerait ou non dans le procès après une analyse raisonnable. Une partie ne doit pas pouvoir mener un procès qu'elle ne conduirait pas à ses frais, uniquement parce qu'il ne lui coûte rien (ATF 142 III 138 consid. 5.1; ATF 128 I 225 consid. 2.5.3).

Pour déterminer les chances de succès d'un recours, le juge peut prendre en considération la décision de première instance, en comparant celle-ci avec les griefs soulevés. De la sorte, l'examen sommaire des chances de succès auquel il doit procéder est simplifié. Cet examen ne doit toutefois pas conduire à ce qu'une partie voit quasiment rendu impossible le contrôle d'une décision qu'elle conteste (arrêt du Tribunal fédéral 5A_572/2015 du 8 octobre 2015 consid. 4.1).

La situation doit être appréciée à la date du dépôt de la requête et sur la base d'un examen sommaire (ATF 142 III 138 consid. 5.1; 133 III 614 consid. 5).

L'absence de chances de succès peut résulter des faits ou du droit. L'assistance sera refusée s'il apparaît d'emblée que les faits pertinents allégués sont invraisemblables ou ne pourront pas être prouvés (arrêt du Tribunal fédéral 4A_614/2015 du 25 avril 2016 consid. 3.2).

2.1.2 Le contrôle préjudiciel des ordonnances du Conseil fédéral n'appartient pas exclusivement au Tribunal fédéral, mais à toutes les autorités, fédérales aussi bien que cantonales, chargées de les appliquer. Il ne s'agit d'ailleurs pas d'une faculté, mais d'une obligation : l'autorité qui refuse d'examiner la régularité d'une ordonnance du Conseil fédéral, alors même que le recourant a soulevé valablement un tel grief, commet un déni de justice (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume I : L'Etat, 3ème éd. 2013, p. 668)

Les ordonnances dites de substitution, soit lorsque le législateur fédéral délègue au Conseil fédéral la compétence d'édicter des règles de droit, sont sujettes au contrôle de la constitutionnalité : même si l'ordonnance demeure dans le cadre de la loi qui l'autorise, elle peut violer la Constitution ou le droit international (*Ibid.*, p. 676).

2.1.3 L'ODPr a vocation à régler les conditions d'entrée en Suisse, d'admission, de séjour et de travail des domestiques privés employés par des personnes titulaires de privilèges et immunités de droit international (art. 2 de la loi fédérale sur l'Etat hôte

(LEH) et 1 al. 1 ODPr). L'ODPr n'est pas applicable aux domestiques privés de nationalité suisse ou aux étrangers titulaires d'une autorisation de séjour ou d'établissement ou au bénéficie d'une admission provisoire (art. 2 al. 3 let. b ODPr), ni aux ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne ou de l'AELE (art. 2 al. 4 ODPr). L'art. 43 al. 1 ODPr prévoit un salaire minimum de 1'200 fr. net par mois - soit un salaire inférieur au CTT-Edom -, l'employeur se chargeant en sus de diverses prestations (par exemple cotisations aux assurances sociales, primes d'assurance-maladie, frais de logement, etc.; art. 44 ODPr). L'employé est exonéré fiscalement sur le salaire reçu (art. 45 ODPr).

2.2. En l'espèce, l'autorité précédente a considéré que les statistiques du DFAE ne démontraient pas une inégalité de traitement entre les employés domestiques soumis à l'ODPr et ceux soumis au CTT-Edom, puisque ces statistiques se bornaient à dénombrer les employés domestiques privés européens et extra-européens. En outre, la situation des employés soumis à l'un ou l'autre de ces textes n'étaient pas comparables, car ils bénéficiaient de revenus et devaient supporter des charges différentes, de sorte qu'une inégalité de traitement n'entrait pas en considération.

La recourante expose que les statistiques du DFAE n'étaient qu'un élément parmi d'autres permettant de démontrer l'inégalité de traitement dont elle se plaignait. Par ailleurs, elle avait expressément pondéré, dans ses arguments présentés au TPH, les revenus et charges selon qu'un employé était ou non soumis à l'ODPr ou au CTT-Edom et avait constaté que, même en tenant compte de ces différences, une inégalité de traitement subsistait en sa défaveur. Le TPH n'avait procédé à aucun examen sur cette question, qui n'avait jamais été soumise au Tribunal fédéral.

Il ressort en effet du jugement du TPH que celui-ci a refusé de procéder à un examen de la constitutionnalité de l'ordonnance du Conseil fédéral, malgré les développements détaillés fournis par la recourante. L'examen auquel il s'est livré ne tient pas compte des dispositions de rang constitutionnel ou conventionnel invoquées par la recourante, ni d'ailleurs des calculs qu'elle a fournis en lien avec les charges et revenus des employés concernés.

Cet examen, ainsi que le soutient à juste titre la recourante, ne saurait être limité à la seule analyse des statistiques du DFAE, qui n'ont, d'ailleurs, pas été prises en compte par le TPH, ni au simple fait que le Message et les textes légaux visés prévoyaient expressément des traitements différents pour les employés concernés. En effet, il est discernable que la recourante entendait se plaindre de ce que, matériellement et une fois les différences entre les catégories susmentionnés prises en compte, il demeurait encore une inégalité de traitement consacrée par l'application de l'ODPr au regard des conditions prévues par le CTT-EDom. Or, ni le jugement du TPH, ni, d'ailleurs la décision présentement entreprise, ne font état de ce pan de l'argumentation de la recourante, pourtant pertinent.

En cela, la recourante soutient à bon droit que son appel ne paraît pas d'emblée voué à l'échec puisque le TPH avait, *a priori*, l'obligation d'examiner à titre préjudiciel la constitutionnalité de l'ordonnance du Conseil fédéral applicable, ce qu'il n'a pas fait nonobstant l'argumentation explicite de la recourante, dont il ne semble pas avoir tenu pleinement compte.

Ainsi, la décision entreprise sera annulée et l'assistance judiciaire requise sera octroyée à raison de 10h00 d'activité d'avocat pour la procédure d'appel devant la Chambre des Prud'hommes de la Cour de justice, la condition de l'indigence étant *a priori* remplie.

3. Sauf exceptions non réalisées en l'espèce, il n'est pas perçu de frais judiciaires pour la procédure d'assistance juridique (art. 119 al. 6 CPC).

La recourante n'ayant pas conclu à des dépens il ne lui en sera pas accordé.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

LE VICE-PRÉSIDENT DE LA COUR :

A la forme :

Déclare recevable le recours formé par A_____ contre la décision rendue le 15 décembre 2020 par la Vice-présidente du Tribunal de première instance dans la cause AC/2661/2019.

Au fond :

Annule la décision entreprise, cela fait, statuant à nouveau :

Met A_____ au bénéfice de l'assistance juridique pour la procédure d'appel contre le jugement JTPH/376/2020 du 18 novembre 2020, avec effet au 4 décembre 2020.

Limite l'activité de l'avocat à dix heures.

Nomme M^e^ Manuel BOLIVAR, avocat, à cette fin.

Dit qu'il n'est pas perçu de frais judiciaires pour le recours.

Déboute A_____ de toutes autres conclusions.

Notifie une copie de la présente décision à A_____ en l'Étude de Me Manuel BOLIVAR (art. 137 CPC).

Siégeant :

Monsieur Patrick CHENAUX, Vice-président; Madame Maïté VALENTE, greffière.

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), la présente décision peut être portée 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 30'000 fr.