

Oxford Reports on International Law

Congo v X, Appeal judgment, 4A_214/2008, ATF 134 III 570, ILDC 1935 (CH 2008), 9th July 2008, Switzerland; Federal Supreme Court [BGer]; Civil Chamber I

Date: 09 July 2008

Citation(s): 4A_214/2008 (Other Reference)

ATF 134 III 570 (Other Reference)

ILDC 1935 (CH 2008) (OUP reference)

Content type: Domestic court decisions

Product: Oxford Reports on International Law [ORIL]

Module: International Law in Domestic Courts [ILDC]

Jurisdiction: Switzerland [ch]; Federal Supreme Court [BGer]; First Civil Law Division

Parties: Congo

X (United Kingdom [gb])

Judges/Arbitrators: Bernard Corboz (President); Kathrin Klett; Vera Rottenberg Liatowitsch; Gilbert Kolly; Christina Kiss

Procedural Stage: Appeal judgment

Previous Procedural Stage(s):

Decision of the President of the Appeal Court of the Labour Tribunal (Tribunal des prud'hommes) of the Canton of Geneva; *Republic of Congo-Brazzaville v X*, 4 April 2008

Subject(s):

Diplomacy and consular relations — Acta jure imperii — Acta jure gestionis — Sovereignty — Customary international law — General principles of international law

Core Issue(s):

Whether the claims arising from an employment contract concluded between the Permanent Mission of the Congo to the United Nations Office and other international organizations in Geneva and a private individual was covered by the Congo's jurisdictional immunity under customary international law.

Oxford Reports on International Law in Domestic Courts is edited by:

Professor André Nollkaemper, University of Amsterdam and August Reinisch, University of Vienna.

Facts

F1 On 5 April 2004, X, a British citizen of Congolese origin with permanent residence in Geneva, was hired by the Ambassador and Permanent Representative of Congo as a 'Bilingual Office Automation Secretary' (*'Secrétaire bureautique bilingue'*). The task assigned to X was to co-ordinate the work for Africa in the field of human rights during the 60th Session of the United Nations ('UN') Commission on Human Rights. In a note of 7 April 2004 to his Ministry of Foreign Affairs, the Ambassador explained that he had to seek the assistance of X as a bilingual legal expert.

F2 On 13 January 2005, X signed a new three-year contract. The Ministry of Foreign Affairs of Congo enacted an order confirming X's nomination as 'Bilingual Secretary' (*'Secrétaire bilingue'*).

F3 X assumed his duties as bilingual legal expert in the UN Commission on Human Rights on behalf of Congo, occasionally presenting himself as a 'Senior Human Rights Lawyer/Expert'. He followed the relevant instructions of the Permanent Mission in the execution of his tasks and also represented Congo in the Commission in the context of a voting procedure.

F4 From June 2005, he reported several times to the Ambassador that part of the agreed remuneration had not been paid to him.

F5 On 28 July 2005, the Ambassador gave X notice of the end of his appointment as a member of the local staff of the Permanent Mission.

F6 By request of 20 March 2006 to the Labour Tribunal (*'Tribunal des prud'hommes'*) of Geneva, X contested the lawfulness of the dismissal and claimed a monetary sum for unpaid salary and compensation for the allegedly unlawful sacking. Congo raised the procedural bar of jurisdictional immunity.

F7 By a judgment of 9 July 2007, the Labour Tribunal declared the request inadmissible.

F8 On 4 April 2008, the President of the Appeal Court of the Labour Tribunal invalidated the first instance ruling and referred the case back to the Labour Tribunal. He grounded his decision on the fact that X had held a subaltern position, as he did not enjoy the status of diplomat and had to report to the Ambassador on a regular basis as well as follow the Ambassador's instructions.

F9 Congo appealed to the Swiss Federal Court ('Court'). The case was assigned to the First Civil Law Division.

Held

H1 According to the well-established case law of the Court, claims of jurisdictional immunity had to be assessed by reference to the rules of general international law as identified in its own jurisprudence. (paragraph 2.1)

H2 There was a longstanding trend in Swiss case law tending to the limitation of jurisdictional immunities of states to sovereign acts (*jure imperii*) as opposed to acts where the state acted as a private actor (*jure gestionis*). With regard to the latter type of acts, Swiss courts could adjudicate cases involving foreign states if the private law relationship presented a sufficient link with the territory of Switzerland (*Binnenbeziehung*). The distinction between the two categories did not rely on the objectives pursued by state authorities in the realization of the relevant acts, but on the very intrinsic nature of the

acts. External criteria could be taken into account in order to make that distinction. (paragraph 2.2)

H3 In relation to contracts of employment, while the case law recognized the interest of the sending state not to have its disputes with high-ranking diplomats settled by foreign courts, the circumstances were different concerning subaltern employees. As a matter of principle, when the employee was recruited and hired at the place of jurisdiction of the diplomatic mission, the jurisdiction of Swiss courts was to be affirmed. In such cases, the foreign state was not affected in the exercise of its prerogatives of sovereignty. (paragraph 2.2)

H4 In order to decide whether an employee should be deemed a subaltern member of staff or an agent of public authority, the activities assigned to the person concerned, rather than the official designation of the position, had to be examined. The designation of the position could not in itself be deemed a decisive criterion. It was possible that a person occupying a position would be classified as a subaltern employee, whereas another person in an identical position but who fulfilled distinct tasks would be deemed an agent of public authority of the sending state (*R v Iraq*, Appeal judgment, ATF 120 II 408, 13 December 1994 at 410). The qualification of subaltern employee had been made, for instance, in the cases of a driver, a doorman, a gardener, a cook, a translator-interpreter, an office worker, a cleaner, and a domestic worker. The functions exercised related mainly to logistics, stewardship, and support, without allowing for any decision-making influence on the specific activities of the diplomatic mission. (paragraph 2.2)

H5 X was a British citizen and resided in Geneva when he was hired by the Congolese mission. But that fact was not sufficient to deprive Congo of its right to immunity given that X was also a Congolese citizen. Moreover, the rule that foresaw the jurisdiction of the local courts with regard to claims raised by nationals of third states who had been hired on-site was not absolute and allowed for exceptions. In the present case, an exception was justified because of X's personal ties with his country of origin. (paragraph 3.1)

H6 X was hired because of his qualification as a bilingual lawyer who specialized in the field of human rights. His role was to provide support to the Mission of the Congo in order to allow it to co-ordinate the work of the UN Human Rights Commission for the African continent. He was working under the instruction and supervision of the Ambassador. He also prepared proposals regarding the concrete nature of that co-operation. He took part in meetings with diplomats. He prepared proposals and co-ordinated the actions of various African diplomatic missions. He had once represented the Congo during a vote at the Commission, with the approval of the Ambassador. (paragraph 3.2)

H7 Despite the fact that X had to report to the Ambassador, those elements indicated that he had played a significant role in some of the high-level activities of the Congolese Mission. The simple fact that he had to report to his superior did not lead to the conclusion that he was a subaltern staff member. Given those circumstances, X certainly had influence on the head of mission. Neither the absence of diplomatic status, nor the specialized nature of the tasks assigned to an employee, excluded an employee's qualification as a high-ranking official. The contractual clauses, according to which X had to be punctual, behave adequately, and provide helpful and friendly service, were more usual for subaltern employees than for high-ranking officers. Nevertheless, the decisive criterion did not rely on such 'model clauses' but rather on the nature of the tasks actually assigned to the

employee and executed in reality. Based on X's activities, it was not possible to characterize him as a subaltern employee. (paragraph 3.2)

H8 The jurisdictional immunity of the Congo was affirmed and the previous decision was annulled. (paragraph 3.2)

Date of Report: 16 September 2016

Reporter(s): Etienne Henry

Analysis

A1 This decision reaffirmed jurisprudence that had already been well established in earlier decisions cited by the Court. However, the judgment is interesting in that it set the limits of jurisdictional immunity in a borderline case for which a clear-cut solution was not self-evident. In doing this, the Court reaffirmed the principle of jurisdictional immunity for acts *jure imperii*. In earlier decisions—although they concerned more straightforward situations—the Court had tended to exclude jurisdictional immunity for different categories of personnel, thus perhaps giving the impression of an erosion of immunity. With this decision, the Court made clear that it was not willing to extend indefinitely the notion of 'subaltern employee'.

A2 On a more critical note, the reasoning of the Court could be said to be questionable from a methodological perspective. As was stated by the Court, 'the jurisdiction of Swiss authorities [should] be appreciated in this case in the light of general rules of public international law regarding immunity of jurisdiction, as identified by the case law of the Federal Court'. (paragraph 2.1) While some treaties contained rules on the jurisdictional immunity of states with regard to employment contracts, no treaty was applicable in this case. Switzerland was a party to the European Convention on State Immunity (16 May 1972), European Treaty Series, No 74 ('European Convention'), but Congo was not. The European Convention was open to signature and ratification or acceptance only to member states of the Council of Europe (Article 39 of the European Convention). Neither Switzerland nor the Congo had ratified the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property (2 December 2004), text annexed to United Nations General Assembly Resolution 59/38 of 2 December 2004, not yet entered into force ('UN Convention'), which was not yet in force. The case was therefore decided on the ground of the customary regime applicable to the jurisdictional immunities of states.

A3 As was stated by the International Court of Justice ('ICJ') in *Jurisdictional Immunities of the State, Germany v Italy*, Judgment, ICGJ 434 (ICJ 2012), 3 February 2012, ICJ Rep 2012 p 99, at 122, para 55, in the absence of a binding treaty, the Court 'must determine, in accordance with [Article 38(1)(b) of the Statute of the International Court of Justice (26 June 1945)], the existence of "international custom, as evidence of a general practice accepted as law" conferring immunity on States and, if so, what is the scope and extent of that immunity References to the Federal Tribunal's own case-law'. According to the ICJ, 'the existence of a rule of customary international law requires that there be "a settled practice" together with *opinio juris*'. Regarding jurisdictional immunities 'State practice of particular significance is to be found in the judgments of national courts faced with the question whether a foreign State is immune, the legislation of those States which have enacted statutes dealing with immunity, the claims to immunity advanced by States before foreign courts and the statements made by States, first in the course of the extensive study of the subject by the International Law Commission and then in the context of the adoption of the

United Nations Convention'. The ICJ then proceeded to a thorough analysis of state practice regarding the pertinent specific issues of immunity of jurisdiction.

A4 Surprisingly, in the case at hand, the Court contented itself with quoting its own case-law. (paragraph 2.1) The judgment thus contained thus reference to the work of the International Law Commission on jurisdictional immunities of states or to the practice of tribunals of other states. This is regrettable, since the materials are easily accessible in the relevant literature (see eg U Köhler, 'Chapter 5: State Immunity Regarding Employment Contracts' in G Hafner, M Kohen and S Breau (eds), *State Practice Regarding State Immunities* (Leiden, Brill 2006) at 69; X Yang, *State Immunity in International Law* (Cambridge, Cambridge University Press 2012) at 132–98; M Nino, 'State Immunity from Civil Jurisdiction in Labor Disputes: Evolution in International and National Law and Practice' (2014) 5 *Rivista di diritto internazionale private e processuale* 819; P Webb, 'The Immunity of States, Diplomats and International Organizations in Employment Disputes: The New Human Rights Dilemma?' (2016) 27 *European Journal of International Law* 745).

A5 But despite its self-referential character, the Court's judgment was based on a correct assessment of the applicable regime as it led to a result that was in line with current developments regarding the immunity of states in cases of employment contracts. In the European Convention, the simple fact that the 'individual is a national of the employing State at the time when the proceedings are brought' was sufficient to create an exception to the rule of non-immunity (Articles 5(1) and (2)(a) of the European Convention). In the UN Convention, the same exception did not apply when 'this person has the permanent residence in the State of the forum' (Article 11(2)(e) of the UN Convention), even if it had the nationality of the employer state. Despite having acquired British nationality, X had retained his Congolese citizenship, as well as permanent residence in Switzerland. It is therefore significant that the Court refrained from basing its reasoning exclusively on the nationality of the employee and analyzed the nature of his activities, as foreseen in Article 11(2)(a) of the UN Convention. Thus, the decision appears to be fully compatible with the text of the more recent UN Convention. This also comported with case-law of the European Court of Human Rights that recognized the customary status of the rule enshrined in Article 11 of the UN Convention (see *Cudak v Lithuania*, Grand Chamber judgment, Application no 15869/02, 23 March 2010, paras 66–67; *Sabeh el Leil v France*, Grand Chamber judgment, Application no 34869/05, 29 June 2011, para 54).

Date of Analysis: 16 September 2016

Analysis by: Etienne Henry

Cases cited in the full text of this decision:

Swiss domestic courts

S v State of India, Appeal judgment, ATF 110 II 255, 22 May 1984

R v Iraq, Appeal judgment, ATF 120 II 408, 13 December 1994

4C73/1996, Appeal judgment, reproduced in *Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts* (1998) at 298, 16 May 1997

Banque Bruxelles Lambert (Suisse) SA and ors v Paraguay and Sezione speciale per l'assicurazione del credito all'esportazione, Appeal judgment, ATF 124 III 382, 20 August 1998

X v A, Appeal judgment, 4C338/2002, *Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung / Revue de droit du travail et d'assurance-chômage* (2003) at 92, 17 January 2003

To access full citation information for this document, see the Oxford Law Citator record

Decision - full text

Faits:

A. X._____, originaire du Congo-Brazzaville où il est né en 1959, a acquis la citoyenneté britannique avant 2003. Depuis cette année-là, il vit à Genève avec son épouse, employée auprès de l'ONU. Tous deux bénéficient de cartes de légitimation de fonctionnaires internationaux délivrées par le Département fédéral des affaires étrangères.

A l'occasion de la 60ème session de la Commission des Droits de l'Homme organisée à Genève sous les auspices de l'ONU, la République du Congo-Brazzaville s'est vu confier la tâche de coordonner les travaux pour l'Afrique dans ce domaine. Dans ce cadre-là, l'Ambassadeur et Représentant permanent de cet État auprès de l'ONU a engagé, le 5 avril 2004, X._____ en qualité de «Secrétaire bureautique bilingue» avec le statut «d'agent du personnel local de l'Ambassade et de la Mission permanente». Dans une note du 7 avril 2004 adressée au Ministre des Affaires étrangères, l'Ambassadeur a expliqué avoir dû s'adjoindre les services de X._____, «citoyen britannique d'origine congolaise en qualité d'expert-juriste bilingue pour renforcer la Mission dans l'énorme et délicate tâche de la coordination des droits de l'homme pour l'Afrique». Le 13 janvier 2005, X._____ et l'Ambassadeur ont signé un second contrat de travail attestant l'engagement du premier en qualité de «Secrétaire bureautique bilingue» pendant trois ans pour un salaire mensuel de 5'000 fr.

En date du 16 mars 2005, le Ministère des Affaires étrangères de la République du Congo-Brazzaville a promulgué un arrêté confirmant l'engagement de X._____ au poste de «secrétaire bilingue». La décision se référait à la réglementation nationale qui fixait les effectifs du personnel administratif, technique et de service des représentations diplomatiques et consulaires; en vertu de celle-ci, la Mission de Genève se voyait attribuer trois Secrétaires bureautiques recrutés localement, mais ne disposait d'aucun personnel administratif délégué par le Ministère des Affaires étrangères.

X._____ a assumé sa mission d'expert juriste bilingue au sein de la Commission des Droits de l'Homme pour le compte de la République du Congo-Brazzaville, en tenant compte des instructions que l'Ambassadeur lui faisait communiquer au besoin. Dans le cadre de ses fonctions, il est arrivé à X._____ d'utiliser la mention de «Senior Human Rights Lawyer/Expert», laquelle figurait également sur sa carte de visite. A une reprise et après avoir appelé l'Ambassadeur, il a représenté la République du Congo-Brazzaville au sein de la Commission lors d'un vote, au cours duquel il s'est abstenu.

Dès juin 2005, X._____ a attiré l'attention de l'Ambassadeur sur le fait qu'il n'avait reçu qu'une partie de la rémunération convenue; d'autres rappels ont suivi.

Le 28 juillet 2005, l'Ambassadeur a signifié à X._____ une «note de cessation de service» selon laquelle il était mis fin «aux fonctions de Monsieur X._____, membre du Personnel local engagé en qualité de secrétaire bilingue». Le conseil de ce dernier a dénoncé le caractère abusif de la résiliation.

B. Par mémoire du 20 mars 2006 adressé au Tribunal des prud'hommes du canton de Genève, X. _____ a ouvert action contre la République du Congo-Brazzaville en paiement de 212'704 fr., à titre de salaires dus et d'indemnité pour congé-représailles. La République du Congo-Brazzaville a soulevé l'exception d'immunité de juridiction.

Par jugement du 9 juillet 2007, le Tribunal des prud'hommes a déclaré la demande irrecevable. Il a jugé que l'activité de X. _____ ne relevait pas d'un emploi subalterne, mais était liée à l'exercice de la puissance publique, de sorte que l'État défendeur était fondé à opposer au demandeur son immunité de juridiction.

Statuant le 4 avril 2008 sur appel de X. _____, le Président de la Cour d'appel des prud'hommes du canton de Genève a annulé le jugement de première instance, débouté la République du Congo-Brazzaville de son exception d'immunité, déclaré la demande recevable et renvoyé la cause au Tribunal des prud'hommes pour compléter au besoin l'instruction et statuer sur le fond. Il a retenu que X. _____ occupait un poste subalterne, essentiellement au motif qu'il n'avait pas le statut de diplomate, devait régulièrement rendre compte à l'Ambassadeur et recevait des instructions de ce dernier.

C. La République du Congo-Brazzaville interjette un recours en matière civile. Elle conclut à ce qu'il soit constaté que la juridiction des prud'hommes est incompétente pour connaître du litige et à ce que X. _____ soit débouté de toutes ses conclusions.

Par ordonnance du 6 juin 2008, le Président de la cour de céans a accordé l'effet suspensif requis par la recourante.

Dans le délai qui lui avait été imparti, l'intimé a déposé tout d'abord une réponse, dans laquelle il conclut au rejet du recours et à la confirmation de l'arrêt attaqué, puis un «additif» à sa réponse.

Considérant en droit:

1. Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 134 III 115 consid. 1 p. 117 et les arrêts cités).

1.1 L'arrêt attaqué est une décision qui ne met pas fin à la procédure; il a été rendu dans une cause civile puisqu'elle porte sur des prétentions découlant d'un contrat de travail. Le juge cantonal a rejeté l'exception d'immunité de juridiction soulevée par la recourante et admis la compétence des juridictions genevoises pour connaître de l'action introduite par l'intimé. Il s'agit donc d'une décision incidente sur la compétence, laquelle est susceptible d'un recours en matière civile pour autant que l'arrêt au fond le soit (art. 92 LTF; ATF 133 III 645 consid. 2.2 p. 647; cf. ATF 130 III 136 consid. 1.1 p. 139; 124 III 382 consid. 2a p. 385/386).

La décision entreprise a été rendue par l'autorité judiciaire cantonale de dernière instance (art. 75 al. 1 LTF). La valeur litigieuse, qui correspond au montant encore contesté devant la dernière instance cantonale (art. 51 al. 1 let. a LTF), est supérieure à 15'000 fr. (art. 74 al. 1 let. a LTF). Le recours en matière civile contre un arrêt final serait ouvert dans cette cause, de sorte qu'il est en principe recevable en l'espèce.

Au surplus, les règles sur l'immunité de juridiction reconnue aux États étrangers sont des normes de droit fédéral (ATF 130 III 136 consid. 1.1 p. 139). Leur application peut être revue dans le cadre d'un recours en matière civile (art. 95 let. a LTF).

1.2 Le Tribunal fédéral conduit son raisonnement juridique sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut s'en écarter que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte, notion qui correspond à l'arbitraire, ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF), et pour autant que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF). La partie recourante qui entend s'écarter des constatations de l'autorité précédente doit donc expliquer de manière circonstanciée en quoi les conditions d'une exception prévue par l'art. 105 al. 2 LTF seraient réalisées; à défaut, il n'est pas possible de tenir compte d'un état de fait qui diverge de celui contenu dans la décision attaquée (cf. ATF 130 III 138 consid. 1.4). Aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente (art. 99 al. 1 LTF).

L'ancien droit de procédure fédérale réservait expressément la possibilité de compléter les constatations de la dernière autorité cantonale (art. 64 OJ). Bien qu'il ne règle pas spécifiquement la question, le nouveau droit n'exclut pas cette faculté. Il considère que l'hypothèse de l'état de fait incomplet entre dans les prévisions de l'art. 105 al. 2 LTF, en ce sens que l'autorité précédente viole le droit matériel en n'établissant pas tous les faits pertinents pour l'application de celui-ci. Aussi le Tribunal fédéral doit-il, en tout cas, pouvoir continuer à sanctionner un état de fait incomplet qui l'empêcherait d'appliquer correctement le droit privé fédéral. Mais il ne le fera pas d'une manière plus large que lorsqu'il usait des pouvoirs que lui accordait jadis l'art. 64 OJ (arrêt 4A_290/2007 du 10 décembre 2007, consid. 5.1). Cette disposition ne conférait pas aux parties la faculté de compléter ad libitum les faits constatés par l'autorité cantonale, sous prétexte qu'un complètement desdits faits conduirait à une solution juridique différente du litige. Elle n'entraînait en ligne de compte que si la décision attaquée ne contenait pas les constatations nécessaires à l'application du droit fédéral, alors que les faits pertinents passés sous silence avaient été allégués en conformité avec les règles fixées par la procédure cantonale. Il appartenait au recourant de démontrer que ces faits avaient été allégués correctement; à défaut, ils étaient considérés comme nouveaux (ATF 115 II 484 consid. 2a).

La recourante et, singulièrement, l'intimé se méprennent sur les possibilités de compléter ou de modifier l'état de fait retenu par l'autorité cantonale. Il n'est pas possible de présenter simplement une version différente ou plus détaillée des faits et de demander au Tribunal fédéral de se fonder sur celle-ci, sans démontrer de manière circonstanciée en quoi les conditions d'une exception prévue par l'art. 105 al. 2 LTF seraient réalisées. Il appartenait en particulier aux parties d'expliquer pourquoi il était arbitraire d'avoir retenu un fait ou de ne pas avoir retenu un fait régulièrement allégué en instance cantonale, et en quoi cela influait sur la décision attaquée. Les développements d'ordre factuel figurant dans les mémoires sont pour l'essentiel irrecevables. Il n'est dès lors pas nécessaire de se prononcer sur la pertinence des nombreux détails de fait allégués, ni de s'attarder sur l'exposé concernant la dimension politique et technique des droits de l'homme auquel l'intimé se livre à titre introductif.

2.

2.1 Il n'est pas contesté que la compétence des autorités suisses doit être appréciée en l'espèce à la lumière des règles générales du droit international public relatives à l'immunité de juridiction, telles que dégagées par la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 124 III 382 consid. 4a p. 388; 120 II 400 consid. 3d in fine p. 405/406).

2.2 De tout temps, la jurisprudence suisse a marqué une tendance à restreindre le domaine de l'immunité des États. Le principe de l'immunité de juridiction n'est pas une règle absolue. L'État étranger n'en bénéficie que lorsqu'il agit en vertu de sa souveraineté (*jure imperii*). En revanche, il ne peut pas s'en prévaloir s'il a agi comme titulaire d'un droit privé ou au même titre qu'un particulier (*jure gestionis*); en ce cas, l'État étranger peut être assigné devant les tribunaux suisses, à condition toutefois que le rapport de droit privé auquel il est partie soit rattaché de manière suffisante au territoire suisse (*Binnenbeziehung*). Les actes accomplis *jure imperii* (ou actes de souveraineté) se distinguent des actes accomplis *jure gestionis* (ou actes de gestion) non par leur but, mais par leur nature intrinsèque. Il convient ainsi de déterminer, en recourant si nécessaire à des critères extérieurs à l'acte en cause, si celui-ci relève de la puissance publique ou s'il s'agit d'un rapport juridique qui pourrait, dans une forme identique ou similaire, être conclu entre deux particuliers (ATF 124 III 382 consid. 4a p. 388/389; 120 II 400 consid. 4a et b p. 406/407).

En matière de contrat de travail, la jurisprudence admet que, si l'État 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'État 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'État 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, 408 consid. 5b p. 409/410; 110 II 255 consid. 4 p. 261).

Pour décider si le travail accompli par une personne qui est au service d'un État 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'État 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, reproduit in ARV/DTA 2003 p. 92) et d'employée de maison (arrêt 4C.73/1996 du 16 mai 1997, reproduit in JAR 1998 p. 298); 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.

2.2 Swiss legal precedent has always tended to limit the field of State immunity. The principle of immunity from suit is not an absolute rule. The foreign State can only benefit therefrom if it is acting on a sovereign basis (*jure imperii*). However, it cannot invoke immunity from suit if it was acting under private law or, likewise, as an individual (*jure gestionis*); in such a case, the Foreign State may be brought before Swiss courts, but only on the condition that the private legal relationship to which it is party is adequately connected to Swiss territory (*Binnenbeziehung*). Acts performed *jure imperii* (the sovereign acts of a State) are distinguished from acts performed *jure gestionis* (the commercial or private acts of a State) not by their aim but by their intrinsic nature. It is thus necessary to determine, by referring where necessary to criteria that are external to the act in question, whether the latter was performed by the public authorities or whether it constitutes a legal

relationship that could, in an identical or a similar way, be entered into by two individuals (ATF 124 III 382 recital 4a p. 388/389; 120 II 400 recital 4a and b p. 406/407).

On the subject of employment contracts, legal precedent allows that although sending States may have a significant interest in preventing disputes involving the members of one of their embassies working in senior posts from being brought before foreign courts, it is a different matter for subordinate employees. In any case, if the employee is not a national of the sending State and has been recruited and then hired to work in forum of the embassy, the jurisdiction of the forum may be recognised. The State shall not therefore be affected in the performance of the tasks incumbent upon it in its capacity as public authority (ATF 120 II 400 recital 4a p. 406, 408 recital 5b p. 409/410; 110 II 255 recital 4 p. 261).

In order to decide whether or not the work completed by a person in the service of a State is deemed to involve the exercise of public authority, it is necessary to first refer to the activity in question. Indeed, in the absence of any legislation determining which positions permit sending States to claim immunity in respect of their officers, the name of the position performed cannot, in and of itself, be a determining factor. However, depending on the tasks entrusted to them, some employees shall be deemed to be exercising public authority, whereas others, who supposedly occupy identical positions, shall be placed in the category of subordinate employees (ATF 120 II 408 recital 5b p. 410).

The classification of subordinate job is given, in particular to the positions of driver, caretaker, gardener, cook (ATF 120 II 400 recital 4b p. 406), translator/interpreter (ATF 120 II 408 recital 5c p. 410/411), office worker (ATF 110 II 255 recital 4a p. 261), cleaner (judgment 4C.338/2002 of 17 January 2003, recital 4.2, reproduced in ARV/DTA 2003 p. 92) and domestic worker (judgment 4C.73/1996 of 16 May 1997, reproduced in JAR 1998 p. 298); these are roles which primarily concern logistics, administration and support, without any decision-making influence on the specific activity of the mission in representing the country.

3.

3.1 L'intimé possède la nationalité britannique et résidait à Genève lorsqu'il a été engagé par la recourante. Quoi qu'il en dise, ces circonstances ne font pas obstacle en l'espèce à l'immunité de juridiction de la recourante. En effet, l'intimé est né au Congo-Brazzaville, dont il est originaire. Comme la recourante le relève sans être contredite par l'intimé, ce dernier est également citoyen congolais, aucun élément de l'arrêt attaqué ne permettant de retenir que l'intéressé aurait abandonné sa nationalité d'origine. Au demeurant, la règle de la juridiction du for en faveur des employés engagés sur place et possédant une nationalité autre que celle de l'État accréditant, n'est pas absolue. En l'occurrence, une exception était, en tout état de cause, justifiée en raison des liens personnels que l'intimé entretient avec le Congo-Brazzaville et qui ont, parmi d'autres facteurs, motivé son engagement selon la note du 7 avril 2004 de l'Ambassadeur.

3.2 L'intimé a été engagé en raison de ses compétences de juriste bilingue spécialiste des droits de l'homme. Il devait renforcer la Mission de la recourante afin de permettre à cette dernière d'assumer la coordination des travaux de la Commission des Droits de l'Homme pour le continent africain, tâche qui revenait au Congo-Brazzaville cette année-là. L'intimé a accompli sa mission d'expert sous la direction et selon les directives de l'Ambassadeur, qui les lui transmettait directement ou par l'entremise du Ministre conseiller rattaché à la Mission. L'intimé a pris part à des réunions où siégeaient des diplomates; il a préparé des propositions et assuré la coordination entre diverses Missions africaines; à une occasion, il

a, en accord avec l'Ambassadeur, représenté la recourante à l'occasion d'un vote de la Commission des Droits de l'Homme.

En sa qualité d'expert, l'intimé jouait un rôle significatif au sein de la délégation officielle de la recourante auprès d'une commission importante des Nations Unies, ce qui ressort notamment des contacts noués par l'intéressé avec les Missions d'autres États africains et du fait qu'il a été appelé à représenter formellement la recourante lors d'un vote de la Commission. Certes, l'intimé devait régulièrement faire rapport à l'Ambassadeur et ce dernier lui donnait des directives. Mais cette situation n'a rien d'exceptionnel pour une personne travaillant au service d'une ambassade ou d'une mission; on ne saurait déduire de cette circonstance que ladite personne occupe des fonctions subalternes comparables à celle du personnel de service. Même s'il ne jouissait pas du pouvoir décisionnel, l'intimé, en tant qu'expert chargé de tâches spécifiques, avait manifestement une influence sur les décisions prises par le chef de mission dans une activité diplomatique à un haut niveau. A cet égard, ni la spécialisation de l'activité, ni l'absence de statut diplomatique n'excluent que la personne en cause occupe une fonction supérieure.

Selon le contrat l'engageant «en qualité d'expert-consultant», l'intimé devait, entre autres, faire preuve de ponctualité, de tenue dans le service et de serviabilité. Il s'agit certes d'une clause que l'on s'attend plutôt à trouver dans le contrat de travail d'un employé subalterne. Elle apparaît toutefois manifestement comme une clause standard insérée dans les contrats du personnel local, statut sous lequel l'intimé pouvait être engagé. Au demeurant, ce ne sont pas ces exigences et les termes utilisés qui sont déterminants pour qualifier la nature de la fonction examinée, mais bien l'activité réellement exercée. Or, telles que décrites ci-dessus, les tâches confiées à l'intimé ne permettent pas de considérer celui-ci comme un employé subalterne de la Mission.

Sur le vu de ce qui précède, l'immunité de juridiction de la recourante doit être reconnue en l'espèce. Par conséquent, le recours est admis, l'arrêt attaqué est annulé et la demande de l'intimé est irrecevable, faute de compétence des autorités judiciaires suisses pour en connaître.

4. Comme il succombe, l'intimé supportera les frais judiciaires et les dépens de la recourante dans la procédure fédérale (art. 66 al. 1 et art. 68 al. 1 et 2 LTF).

Pour le surplus, la cause est renvoyée au Président de la Cour d'appel des prud'hommes afin qu'il statue sur les frais et dépens de la procédure cantonale (art. 68 al. 5 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1. Le recours est admis et l'arrêt attaqué est annulé.

La demande déposée le 21 mars 2006 par X. _____ contre la République du Congo-Brazzaville est irrecevable.

2. Les frais judiciaires, arrêtés à 6'000 fr., sont mis à la charge de l'intimé.

3. L'intimé versera à la recourante une indemnité de 7'000 fr. à titre de dépens.

4. La cause est renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision sur les frais et dépens de la procédure cantonale.

5. Le présent arrêt est communiqué aux parties et au Président de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève.

Lausanne, le 9 juillet 2008

Au nom de la Ire Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

Le Président: La Greffière:

Corboz Godat Zimmermann

