

# **GE\_GERICHTE CAPH/157/2009 vom 11. November 2009**

GE Cour de justice, 2009-11-11, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_CAPH\\_157\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_CAPH_157_2009)

FR: GE\_GERICHTE CAPH/157/2009 du 11 novembre 2009

IT: GE\_GERICHTE CAPH/157/2009 del 11 novembre 2009

## **Regeste**

Résumé: Sur la base d'une expertise concluant au fait que T. avait moins de chances que ses collègues masculins d'obtenir une promotion au sein de E., la Cour considère qu'il y a eu discrimination dans la promotion à son égard. Toutefois, en l'espèce, même si T. avait pu accéder à un poste plus élevé, elle n'aurait pas pu, pour autant, prétendre à un salaire supérieur à celui qu'elle réalisait. Elle est donc déboutée de ses conclusions en paiement de la différence entre son salaire et celui de son supérieur hiérarchique. De plus, la Cour considère le licenciement de T. en raison de son refus d'occuper un poste inférieur à celui qu'elle occupait avant la réorganisation comme étant discriminatoire et abusif. En effet, selon le rapport d'expertise, elle avait significativement moins de chances qu'un homme d'accéder à une position de cadre moyen ; or, non seulement elle n'a pas eu accès à un poste supérieur, mais elle aurait en plus été contrainte d'accepter un poste inférieur, ce qui constitue une discrimination dans la promotion. Partant, le congé était abusif et la Cour alloue à T. une indemnité correspondant à quatre mois de salaire.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

La recevabilité de l'appel a déjà été admise dans l'arrêt du 7 juin 2007.

### **E. 2.1**

A teneur de l'art. 319 al. 1 LPC et de la doctrine y relative, lorsqu'une cause est renvoyée à la juridiction cantonale par le Tribunal fédéral, cette dernière est liée par le dispositif, les considérants en droit et les instructions données par la juridiction fédérale. Elle ne peut fonder sa nouvelle décision sur des motifs que le Tribunal fédéral a écartés, fût-ce implicitement. Elle est en revanche autorisée à fonder sa nouvelle décision sur un motif supplémentaire non invoqué dans la déci-

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/2379/2006 - 1 - 16 -

\* COUR D'APPEL \*

sion précédente et sur laquelle le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé. Toutefois le point litigieux délimité par le renvoi ne peut être étendu, ni fondé sur une base juridique nouvelle. Le recourant qui a obtenu gain de cause devant l'instance fédérale ne peut donc, dans la nouvelle procédure cantonale, subir une aggravation de sa position juridique. A teneur de la procédure fédérale, le renvoi de la cause à l'autorité cantonale ne permet à cette dernière de tenir compte de nouveaux allégués que dans la mesure où le droit cantonal le permet. Cette règle s'étend en réalité à toute nouveauté et c'est exclusivement au droit cantonal qu'il revient de décider si des faits nouveaux, des moyens de droit nouveaux ou des conclusions

nouvelles sont recevables après le renvoi d'une cause par le Tribunal fédéral (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la loi de procé- dure civile genevoise, n. 2 et 3 ad art. 319 LPC).

### **E. 2.2**

Le Tribunal fédéral ne s'est en l'occurrence prononcé que sur la question de savoir s'il convenait d'ordonner une expertise salariale. N'ayant pas examiné les autres griefs invoqués, la Cour d'appel, dont l'arrêt a été intégralement annulé, peut se pencher à nouveau sur tous les faits de la cause, à l'exception du point d'ordonner une expertise.

Il convient également de relever que l'appelante ayant obtenu gain de cause sur le principe que soit administrée une l'expertise relative à la discrimination dans la promotion, ses conclusions s'y rapportant, qu'elle s'était réservée le droit de com- pléter après expertise, sont recevables.

Dans la mesure où l'appelante a pris des conclusions condamnatoires, ses conclu- sions tendant à la constatation d'une discrimination dans la promotion n'ont pas de portée propre et sont ainsi dépourvues d'intérêt juridique. Il n'apparaît pas non plus qu'une telle constatation permette, en l'occurrence, de mettre fin à un trouble ou d'éviter que celui-ci se répète (cf. art. 5 al. 1 let. c LEg); l'appelante ne l'allègue d'ailleurs pas. Ce chef de conclusions est ainsi irrecevable.

### **E. 3**

L'appelante ne reproche plus au Tribunal d'avoir rejeté ses conclusions fondées sur une prétendue discrimination salariale. A cet égard, l'expert a, au demeurant constaté qu'elle était mieux rémunérée que ce à quoi elle pouvait prétendre en fonction de ses caractéristiques professionnelles.

Elle reprend uniquement ses conclusions découlant de la discrimination dans la promotion. Elle réclame, à ce titre, la différence entre le salaire perçu par F\_\_\_\_\_ et elle entre la date de la fusion et la fin de ses rapports de travail. Elle expose aus- si que cette discrimination a rendu son licenciement abusif, sollicitant, à cet égard,

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/2379/2006 - 1 - 17 -

\* COUR D'APPEL \*

une indemnité équivalent à six mois du salaire de F\_\_\_\_\_. Enfin, elle conclut à une indemnité pour tort moral de 30'000 fr.

Il convient, en premier lieu, d'examiner si l'appelante a été victime d'une discrimi- nation dans la promotion et, le cas échéant, si elle a subi de ce fait un préjudice sa- larial, comme elle le soutient.

#### **E. 3.1**

Il y a discrimination à la promotion, lorsqu'une femme n'est pas retenue pour une promotion alors qu'elle est mieux qualifiée qu'un collègue masculin promu ou les femmes ne sont généralement pas promues à certains postes et ceci sans justifica- tion (ATF 4C.276/2004 du 12 octobre 2004, consid. 6.1). L'art. 6 LEg. introduit en ce domaine un assouplissement du fardeau de la preuve par rapport au principe général de l'art. 8 CC, dans la mesure où il suffit à la partie demanderesse de rendre vraisemblable l'existence de la discrimination dont

elle se prévaut (ATF 130 III 145 consid. 4.2; 127 III 207 consid. 3b). Pour sa part, le juge n'a pas à être convaincu du bien-fondé des arguments de la partie demanderesse; il doit simplement disposer d'indices objectifs suffisants pour que les faits allégués présentent une certaine vraisemblance, sans devoir exclure qu'il puisse en aller différemment (ATF 130 III 145 consid. 4.2 et les références citées).

### **E. 3.2**

En l'espèce, l'expertise a mis en évidence que, de manière générale, les chances d'être promue au sein de l'intimée étaient significativement moindres pour une femme que pour un homme. Néanmoins, le salaire que l'appelante aurait pu obtenir en occupant une position hiérarchique supérieure aurait été inférieur à celui qu'elle réalisait auprès de l'intimée.

La Cour d'appel n'a aucun motif de s'écarter des conclusions de l'expert. En effet, celui-ci a utilisé une méthode de travail scientifique, clairement exposée, s'est entouré des données particulières aux parties et a rendu des conclusions parfaitement conformes aux développements contenus dans son rapport. Les parties n'ont d'ailleurs pas formulé de critiques à l'encontre de l'expertise. Par ailleurs, il n'a pas été démontré ni même été rendu vraisemblable que si l'appelante s'était vue attribuer le poste de F\_\_\_\_\_, elle aurait pu prétendre au salaire de celui-ci. En effet, il ne ressort pas de la procédure qu'un salaire particulier correspondait à chaque fonction au sein de la société, mais que différentes variables, mises en exergue par l'expert, étaient déterminantes. Dès lors que l'expert a conclu au fait que même si elle avait été promue, l'appelante n'aurait pas pu prétendre à un salaire supérieur à celui qu'elle réalisait, elle doit être déboutée de ses conclusions en paiement de la différence de salaire entre celui que percevait son collègue, puis supérieur F\_\_\_\_\_ et le sien.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/2379/2006 - 1 - 18 -

\* COUR D'APPEL \*

### **E. 4**

En second lieu, il convient d'examiner si le licenciement de l'appelante a fait suite à la discrimination dans la promotion que l'intimée avait réfutée.

L'appelante a soutenu, dans son acte d'appel, que le Tribunal avait écarté à tort le caractère abusif de son licenciement. Elle a fait valoir que c'était en raison de son refus d'accepter sa rétrogradation qu'elle avait été licenciée. Des pressions inadmissibles avaient été exercées sur elle, notamment salariales, afin qu'elle accepte le poste qui lui était proposé après la fusion. Le licenciement, qui était intervenu dans ces conditions discriminatoires, était ainsi abusif.

#### **E. 4.1**

L'art. 336 al. 1 let. d CO vise le congé de représailles ou congé-vengeance. Il tend en particulier à empêcher que le licenciement soit utilisé pour punir le travailleur d'avoir fait valoir des prétentions auprès de son employeur en supposant de bonne foi que les droits dont il soutenait être le titulaire lui étaient acquis. En principe, la bonne foi du travailleur est présumée (art. 3 al. 1 CC) et il importe peu que les prétentions invoquées de bonne foi soient réellement fondées. La réclamation ne doit cependant être ni chicanière ni téméraire car elle empêcherait une résiliation en elle-même admissible (arrêt 4C.237/2005 du 27

octobre 2005, consid. 2.2. et les références citées; cf. également arrêt 4C.97/2006 du 6 juin 2006, consid. 3.1).

Le congé sous réserve de modification ou congé-modification (Änderungskündigung) vise une résiliation prononcée à la suite du refus du salarié d'accepter une modification de ses conditions de travail. Il y a congé-modification au sens étroit lorsque la partie résilie le contrat tout en accompagnant sa déclaration de l'offre de poursuivre les rapports de travail à des conditions modifiées (ATF 123 III 246 consid. 3; plus récemment arrêt 4C.177/2003 du 21 octobre 2003, consid. 3.1). Le salarié est ainsi placé devant l'alternative consistant soit à accepter une péjoration de ses conditions de travail, soit à quitter l'entreprise. Sur le plan juridique, il s'agit d'une résiliation liée à une offre de poursuivre les rapports de travail à des conditions modifiées (arrêt 4C.177/2003 du 21 octobre 2003, consid. 3.1; 4C.463/1995 du 17 décembre 1996, consid. 4b/aa in fine). Le congé-modification au sens large vise, pour sa part, une résiliation qui n'est pas directement couplée avec la proposition de modification (ATF 123 III 246 consid. 3 p. 249; plus récemment arrêt 4C.177/2003 du 21 octobre 2003, consid. 3.1). La jurisprudence admet le principe d'un congé-modification, car, comme tout contrat, le contrat de travail n'est pas immuable; il peut cependant y avoir abus dans certaines circonstances (cf. ATF 123 III 246 consid. 3a et b p. 249 s.; plus récemment arrêt 4C.177/2003 du 21 octobre 2003, consid. 3.2).

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/2379/2006 - 1 - 19 -

\* COUR D'APPEL \*

Dans l'arrêt publié aux ATF 123 III 246, le Tribunal fédéral a passé en revue les variations de la jurisprudence et de la doctrine quant aux conditions dans lesquelles un congé-modification peut être considéré comme abusif, avec toutes les nuances que la casuistique et les opinions des auteurs apportent à la solution de cette question. Il en découle notamment que si le congé-modification n'est pas en soi abusif, il peut le devenir si la modification du contrat doit prendre effet avant l'échéance du délai de congé, dans un sens défavorable à l'employé (cf. également AUBERT, Commentaire romand, n. 9 ad art. 336 CO), si la modification proposée s'avère injuste et si les nouvelles conditions de travail sont, de manière importante, moins favorables que les anciennes. De même, le congé-modification peut également être qualifié d'abusif lorsque la modification du contrat est clairement dépourvue de justification économique, et ceci même si les nouvelles conditions de travail ne devaient prendre effet qu'à l'échéance du délai de congé (arrêt 4C.317/2006 du 4 janvier 2007, consid. 3 et les références citées). L'interdiction de discriminer s'applique également à la résiliation des rapports de travail (art. 3 al. 2 LEg).

#### **E. 4.2.1**

Dans son arrêt du 7 mai 2008, la Cour d'appel avait considéré ce qui suit: "En l'espèce, le congé est intervenu alors que l'appelante n'était plus au bénéfice de la période de protection consécutive à son incapacité de travail. Il a clairement été prononcé parce que l'employée n'acceptait pas le poste proposé dans la nouvelle structure de la société. Le nouveau poste a été proposé à l'appelante au mois de novembre 2004 (pièces 37 ss dem.). Compte tenu des objections soulevées par l'appelante, des discussions entre les parties ont eu lieu, qui se sont terminées, le 28 janvier 2005, par le courrier de l'intimée prenant acte du refus définitif de l'appelante d'accepter le nouveau poste. Le licenciement, daté du 12 mai 2005, est donc intervenu bien après ces discussions. Il doit ainsi être considéré comme un

congé-modification découlant de l'absence d'accord entre les parties et non comme un congé-représailles." Ces considérants gardent toute leur validité et peuvent être repris tels quels.

Il est indéniable que la fusion entre E1 \_\_\_\_\_ et E2 \_\_\_\_\_ a nécessité une profonde restructuration des fonctions et de la hiérarchie dans l'entreprise. Le département "business support" s'est ainsi vu doté de plus d'employés et attribué une compétence nouvelle, à savoir celle de "marketing excellence". La direction du département "business support" a été confiée à F \_\_\_\_\_, qui, par ses compétences tant commerciales que scientifiques, présentait un profil manifestement et objectivement supérieur à celui de l'appelante, qui ne dispose d'aucune formation dans le domaine des sciences naturelles. Contrairement à ce que cette dernière soutient, il

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/2379/2006 - 1 - 20 -

\* COUR D'APPEL \*

ne peut ainsi être reproché à l'intimée d'avoir nommé celui-ci à la tête du département précité ni que cette nomination procéderait d'une discrimination dans la promotion. Les modifications introduites dans l'organisation ont toutefois eu des conséquences importantes quant à l'appréciation globale de la fonction de l'appelante. En particulier, alors qu'elle était seule en charge de l'aspect "sales force excellence" avant la fusion, un second employé a été nommé pour cette même tâche. Par ailleurs, un sous-département a été créé, regroupant le "marketing excellence" (deux employés) et le "sales force excellence". La direction de ce sous-département réunissant les deux activités précitées a été confiée à un employé disposant d'une expérience dans les deux domaines (D \_\_\_\_\_). De ce fait, un nouvel échelon a été introduit dans la hiérarchie, de sorte que l'appelante ne pouvait plus porter le titre de "manager", mais plus que de "spécialiste". Le poste prévu pour l'appelante correspondait, certes, à ses compétences et était similaire à son précédent poste (témoins F \_\_\_\_\_, PV du 26 juin 2006, p. 7; D \_\_\_\_\_, PV du 5 février 2007, p. 5). Il était, en effet, prévu qu'elle continue à exercer la même activité qu'avant la fusion, mais elle perdait la responsabilité de certaines tâches dites "sans valeur ajoutée", soit le suivi des frais et budgets de la force de vente. Elle ne disposait également plus de son assistante. Ainsi, quand bien même l'appelante ne subissait pas de diminution de salaire, elle se voyait retirer certaines compétences ainsi qu'une collaboratrice et se retrouvait, dans l'organigramme de la société, dans une position hiérarchique inférieure à celle qu'elle avait occupée avant la fusion, situation qu'elle a qualifiée de rétrogradation. C'est en raison de celle-ci qu'elle a refusé le nouveau poste qui lui a été proposé. Or, comme l'a relevé l'expert, si elle avait été un homme, l'appelante aurait eu des chances significativement plus élevées d'accéder à une position de cadre moyen. Il apparaît d'ailleurs que, concrètement, l'appelante n'a non seulement pas eu accès à un poste supérieur à la suite de la réorganisation, mais s'est, au contraire, vue offrir un poste qui, globalement, la plaçait dans une position hiérarchique encore moins élevée qu'auparavant. Les nouvelles conditions de travail paraissent ainsi, de manière importante, moins favorables que les anciennes, voire que celles auxquelles elle aurait pu prétendre, et ont été le reflet concret d'une discrimination dans la promotion. La modification proposée s'avérant ainsi injuste et discriminatoire, le congé fondé sur le refus de l'appelante de l'accepter doit être qualifié d'abusif.

**E. 5**

En cas de licenciement abusif, le travailleur a droit à une indemnité (art. 336a CO).  
L'indemnité prévue à l'art. 336a CO se fixe en équité (ATF 131 III 243 con-

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/2379/2006 - 1 - 21 -

\* COUR D'APPEL \*

sid. 5.2). Parmi les circonstances à prendre en considération, le juge doit tenir compte non seulement de la gravité de la faute de l'employeur, mais aussi d'une éventuelle faute concomitante du travailleur, de la manière dont s'est déroulée la résiliation, de la gravité de l'atteinte à la personnalité du travailleur licencié, de la durée des rapports de travail, de leur étroitesse, des effets économiques du licenciement, de l'âge du travailleur, d'éventuelles difficultés de réinsertion dans la vie économique et de la situation économique des parties (ATF 123 III 246 con- sid. 6a, 391 consid. 3c). Lorsque la résiliation est discriminatoire au sens de la LEg, l'employée peut réclamer le versement d'une indemnité de la part de l'employeur, fixée en fonction des circonstances et calculée sur la base du salaire de l'employée en question (art. 5 al. 2 LEg). L'indemnité fondée sur la LEg ne peut se cumuler avec celle de l'art. 336a CO. Le juge n'allouera ainsi qu'une indemnité, dont le montant maximum sera de six mois de salaire, la LEg constituant une loi spéciale par rapport au CO (ATF 126 III 395 consid. 7b/aa; WYLER, Droit du travail, 2008, p. 723). Selon l'art. 328 al. 1 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur. Le salarié victime d'une atteinte à sa personnalité contraire à cette disposition du fait de son employeur ou des auxiliaires de celui-ci peut prétendre à une indemnité pour tort moral aux conditions fixées par l'art. 49 al. 1 CO (art. 97 al. 1, 101 al. 1 et 99 al. 3 CO; cf. ATF 125 III 70 consid. 3a). L'ampleur de la réparation morale dépend avant tout de la gravité des souffrances physiques ou psychiques consécutives à l'atteinte subie par la victime et de la possibilité d'adoucir sensiblement, par le versement d'une somme d'argent, la douleur morale qui en résulte (ATF 129 IV 22 consid. 7.2; 125 III 269 consid. 2a). En réservant à l'art. 336a al. 2 in fine CO les dommages-intérêts que la victime du congé pourrait exiger à un autre titre, le législateur a laissé ouvert le droit de celle-ci de réclamer la réparation du préjudice résultant d'une cause autre que le caractère abusif du congé. C'est ainsi qu'une indemnité peut être allouée séparément au travailleur, sur la base de l'art. 49 CO, lorsque le salarié subit une atteinte à sa santé physique ou psychique résultant d'un comportement imputable à l'employeur et indépendant du licenciement (ATF np 4C.177/2003 du 21 octobre 2003, consid. 4.1; AUBERT, Commentaire romand, n. 3 ad art. 336a; SJ 1999 I p. 277 ss, 281/282).

### **E. 5.1**

Dans son appel, l'employée a fait valoir qu'elle pouvait prétendre à une indemnité pour tort moral fondée sur l'art. 328 al. 1 CO du fait que son ancien employeur avait manqué d'égards à son endroit lorsqu'il lui a proposé le nouveau poste. Les postes créés à la suite de la fusion avaient été proposés à des hommes; elle n'avait

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/2379/2006 - 1 - 22 -

\* COUR D'APPEL \*

pu que s'incliner ou être licenciée. Elle a également réclamé une indemnité fondée sur les art. 336a CO et 5 LEg. Elle s'est référée à une attestation d'un médecin psychiatre, qui décrit les souffrances morales qu'elle a éprouvées.

### **E. 5.2**

En l'espèce, il n'y a pas lieu de prévoir un cumul des différentes indemnités. En particulier, l'appelante ne se plaint pas d'une atteinte autre à sa personnalité que celle résultant du licenciement discriminatoire. Ainsi, il convient de fixer une indemnité fondée sur l'art. 336a CO, qui prendra en compte toutes les circonstances.

Il est indéniable que l'appelante a été très affectée par l'annonce des changements à intervenir après la fusion. Elle a été en arrêt de travail prolongé pour cause de dépression liée, selon son médecin, à son vécu professionnel. Au moment du licenciement, elle était au service de l'intimée depuis quatre ans environ. Elle avait toujours donné satisfaction et les évaluations relèvent toutes ses très grandes compétences professionnelles. L'intimée avait 38 ans lors de son licenciement. Elle a indiqué se trouver, en juin 2009, en 3e année à la \_\_\_\_\_ de Genève, en sciences économiques et gestion d'entreprise. Il a été retenu que l'intimée avait eu une attitude discriminatoire à l'égard de l'appelante. Il convient cependant de relever que l'intimée a eu plusieurs entretiens avec l'appelante en vue de lui exposer les changements à intervenir après la fusion et de répondre aux interrogations de l'appelante. L'intimée a, en outre, reconnu dans un courrier que l'appelante était déçue du fait qu'en raison d'un nouvel échelon, son poste était moins élevé dans la hiérarchie et qu'elle pouvait ressentir cela comme une rétrogradation. Par ailleurs, le salaire de l'appelante n'allait pas subir de baisse. L'intimée a ainsi pris diverses précautions pour atténuer les rigueurs de la réorganisation de l'entreprise à l'égard de l'appelante. Il n'apparaît, en outre, pas que la discrimination dont l'appelante a été victime a procédé d'une volonté délibérée, mais plutôt d'un manque d'attention, voire d'une certaine négligence de la part de son employeur. Il ne peut donc être retenu qu'il aurait eu à l'encontre de l'appelante dans la proposition du nouveau poste, les discussions y relatives ou dans la résiliation subséquente, un comportement gravement attentatoire à sa personnalité. Au vu de ce qui précède, une indemnité pour licenciement abusif et discriminatoire de quatre mois de salaire paraît justifiée. Le salaire de l'appelante étant supérieur à celui auquel elle aurait pu prétendre (cf. consid. 3.2), il n'y a pas lieu de calculer l'indemnité sur un autre salaire que le sien (cf. aussi à cet égard art. 5 al. 2 LEg). Partant, l'indemnité due par l'intimée s'élève à 38'200 fr. (9'550 fr. x 4), avec intérêts à 5% dès le 31 juillet 2005.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/2379/2006 - 1 - 23 -

\* COUR D'APPEL \*

### **E. 6**

Les cantons sont tenus de soumettre à une procédure simple et rapide tous les litiges résultant du contrat de travail dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 30'000 francs (art. 343 al. 2 CO). Dans les litiges au sens de l'alinéa précédent, les parties n'ont à supporter ni émoluments ni frais judiciaires, sauf si une partie agit de manière téméraire (art. 343 al. 3 CO). Dans les causes soumises à l'application de la LEg, l'art. 343 CO est applicable indépendamment de la valeur litigieuse devant les tribunaux cantonaux (art. 12 al. 2 LEg). En l'espèce, la question se pose de savoir si l'appelante n'a pas agi de manière téméraire en

prenant des conclusions manifestement mal fondées quant à la discrimination salariale. Après avoir pris connaissance du résultat de l'expertise, elle a toutefois abandonné ce chef de conclusions. Aucune partie n'ayant agi de manière téméraire, elles n'ont à supporter ni émoluments ni frais judiciaires. Les importants frais de la procédure resteront ainsi à charge de l'Etat de Genève.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.