

GE_GERICHTE CAPH/164/2004 vom 8. November 2004

GE Cour de justice, 2004-11-08, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_CAPH_164_2004

FR: GE_GERICHTE CAPH/164/2004 du 8 novembre 2004

IT: GE_GERICHTE CAPH/164/2004 del 8 novembre 2004

Regeste

Résumé: T travaille pour E en tant qu'assistante de direction et bibliothécaire. La Cour commence par rappeler qu'il n'y a pas de cumul entre l'indemnité pour violation de l'article 328 CO et celle prévue par la LEg, cette dernière constituant une loi spéciale. En l'espèce, T n'a pas prouvé une situation de harcèlement sexuel, n'étant pas établi qu'elle se soit plainte auprès de son employeur et les seuls témoins corroborant ses dires étant des membres de sa famille proche et son médecin, non présents sur les lieux du travail et se basant uniquement sur les dires de T. Par ailleurs, une simple remarque sur la tenue vestimentaire, même inadaptée, ne constitue pas une atteinte à la personnalité. Le fait que E ait dû, pour des raisons économiques, fermer la bibliothèque ne peut être compris comme un acte de mobbing, pas plus que le changement de bureaux, d'ordre organisationnel. E a d'ailleurs proposé un autre poste à T avec un salaire égal, alors qu'il aurait pu la licencier. Si une discrimination salariale à raison du sexe est vraisemblable, c'est à l'employeur d'apporter la preuve de la justification de cette différence de salaire. Il peut également y avoir discrimination en matière de promotion lorsqu'une personne se voit promettre un titre qu'elle n'obtient pas alors que son prédécesseur, ayant la même fonction, s'est vu attribuer ce titre immédiatement. En l'espèce, T qui n'est pas membre de la direction, ne peut prétendre à un salaire de directeur; le seul fait qu'elle soit au bénéfice d'un titre universitaire ne lui donne pas le droit à une fonction dirigeante. T n'a pas non plus été discriminée dans la promotion, la personne promue ayant davantage d'expérience qu'elle, et T n'ayant jamais posé sa candidature à un autre poste. Par ailleurs, à l'exception d'un plan social, E a ensuite pris la décision de ne plus systématiquement verser d'indemnité de licenciement; T n'a ainsi pas été moins bien traitée que les autres collaborateurs et peut donc revendiquer une telle indemnité.

Erwägungen

E. 1

Déposé dans le délai et la forme prévus dans l'art. 59 LJP, l'appel formé par T _____ est recevable.

E. 2

Le Tribunal des prud'hommes a statué en premier ressort. La Cour d'appel revoit librement le fait et le droit (Aubert, Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, n° 449).

E. 3

La Cour de céans examinera ci-après les questions suivantes :

- l'employeur a-t-il porté atteinte aux droits de la personnalité de l'appelante par des actions de mobbing et du harcèlement sexuel (art. 328 CO et 4 LEg) ?

- l'appelante a-t-elle été victime de traitements discriminatoires ?

- l'appelante avait-elle droit à une indemnité de licenciement nonobstant l'absence d'engagement de l'employeur à cet égard ?

- le Tribunal des prud'hommes a-t-il commis un déni de justice en ordonnant la remise d'un certificat de travail, sans en indiquer le texte ?

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/5302/2002-4 14

* COUR D'APPEL *

E. 4

L'art. 328 CO impose à l'employeur l'obligation de protéger et de respecter la personnalité du travailleur en lui manifestant les égards voulus pour sa santé, en veillant au maintien de la moralité. En particulier, l'employeur doit veiller à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement et ne soient pas désavantagés en raison de tels agissements. L'employeur doit non seulement s'abstenir de porter directement atteinte au droit de la personnalité de ses employés, mais il doit prendre toutes les précautions nécessaires à leur protection et encore veiller à contrôler l'exécution de ses instructions. L'article 328 al. 1 CO n'a pas de portée plus étendue que les articles 27 et 28 CC, et ne fait que concrétiser la protection qu'il prévoit (SJ 1984 p. 554; Duc/ Subilia, Commentaire du contrat individuel de travail, ad art. 328, p. 243). Le devoir de protection de la personnalité du travailleur a été complété, lors de l'introduction de la LEg, par la notion expresse de la protection contre le harcèlement sexuel. Le tribunal peut condamner l'employeur à verser une indemnité, fixée compte tenu de toutes les circonstances, et qui sera calculée sur la base du salaire moyen suisse mais n'excédera pas six mois.

E. 5

Toutefois, dans la mesure où la LEg constitue une loi spéciale par rapport aux dispositions du Code des obligations, le travailleur n'aura droit qu'à une seule indemnité pour la même atteinte (ATF 126 III 395). Vu l'article 5 al. 3 LEg, le juge condamnera l'employeur à verser une indemnité, indépendamment du préjudice subi. Des remarques sexistes et des commentaires grossiers ou embarrassants rentrent dans la définition du harcèlement sexuel (Wyler, Droit du travail, p. 540).

Celui qui invoque du harcèlement sexuel doit établir la preuve que l'employeur a violé son devoir de protéger la personnalité du travailleur (Favre/Munoz/Tobler, Contrat de travail, Code annoté ad. art. 328 n. 1.33.; Wyler, op. cit. p. 540). Le fardeau de la preuve se déduit de la règle générale de l'article 8 CC (ATF 114 II 298; ATF 122 III 219.) En matière de preuve, le juge jouit d'un large pouvoir d'appréciation. L'appréciation des déclarations d'une partie ou d'un témoin relève de l'appréciation des preuves. Or, selon l'article 196 LPC, le juge apprécie librement les résultats des mesures probatoires et ne retiendra un fait comme établi que s'il est convaincu de son existence (Bertossa/ Gaillard/Guyet/Schmidt, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, ad art. 196). Pour apprécier le poids d'un témoignage, le juge pourra notamment prendre en considération la relation personnelle entre un témoin et une partie, ou l'existence de liens de parenté (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, op. cit. ad art. 228). Le juge doit examiner toutes les circonstances affirmatives ou corroboratives et faire son choix en fonction du résultat de cet

examen (SJ 1971 p. 496; SJ 1976 p. 520).

Dans le cas d'espèce, les propos sexistes allégués par l'appelante sont contestés. Aucun témoin direct n'en a confirmé la teneur. Dans son mémoire de demande, l'appelante a indiqué que son transfert chez E2 _____ SA était dû notamment aux insultes racistes subies de la part de son supérieur, D _____. Interrogée, cette personne a indiqué que la résiliation du contrat était due à la suppression du budget. D'ailleurs, à cette époque, l'appelante n'avait pas formulé la moindre plainte

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/5302/2002-4 15

* COUR D'APPEL * au sujet d'injures. On relèvera également que par la suite, l'appelante n'a pas formulé de plainte auprès de F _____, cheffe du personnel depuis 1984. Cette dernière était pourtant femme et sans doute plus apte à faire preuve d'écoute et de compréhension. Dans les plaintes formulées en janvier 1999 contre son collaborateur J _____, l'appelante déclare son impression que si elle avait été un homme, celui-ci aurait eu un autre comportement. Il s'agit cependant d'une impression et non d'un fait établi. On relèvera que cette mésentente avec ce collaborateur provoquera selon les dires de l'appelante une grande frustration professionnelle et personnelle ayant des conséquences néfastes sur sa santé physique et son bien-être. Dans son mémo au docteur V _____ du 10 mai 2000, l'appelante ne fait nulle allusion à des propos sexistes.

Quant aux témoins indirects, ils ne sauraient emporter la conviction de la Cour. La mère et la sœur de l'appelante font état de propos rapportés par leur parente. Le docteur S _____ s'en est également tenu aux seules affirmations de l'appelante, sans établir un état de fait contradictoire. Un témoin a vu l'appelante en larmes parce qu'une remarque au sujet de sa tenue vestimentaire avait été faite. Une telle remarque, même si elle était infondée, ne constitue pas une atteinte aux droits de la personnalité.

On doit dès lors considérer que T _____ n'a pas apporté la preuve que des propos sexistes ont été tenus à son encontre.

E. 6

Le concept de « mobbing » se définit comme l'enchaînement sur une assez longue période de propos et agissements hostiles, exprimés ou manifestés par une ou plusieurs personnes envers une tierce personne (la cible) (Leymann, *Psychostress am Arbeitsplatz und wie man sich dagegen wehren kann*, 1993, p. 26). L'article 328 CO protège le travailleur contre des actes de mobbing. Les caractéristiques du mobbing et son caractère sournois peuvent prendre la forme de la critique régulière d'un employé en présence de ses collègues, du dénigrement de la qualité du travail, de la non reconnaissance de celui-ci, de la prise à partie systématique du travailleur concerné (Wyler, *Droit du travail*, p. 237).

Il convient de se demander si l'employeur, par des actes ou des omissions, a porté une atteinte psychologique à la personnalité de l'appelante par des actes de mobbing, sans pour autant qu'il se soit agi de propos sexistes.

Lors de son engagement, le poste à occuper était clairement défini. Ce n'était pas celui de directeur. L'employeur n'a pas fait la moindre promesse au sujet d'un plan de carrière ou d'améliorations tant au plan fonctionnel que salarial (contrairement à l'état de fait visé à l'ATF 130 III 145). Le responsable de l'appelante a clairement déclaré qu'il avait dû

renoncer rapidement à ses services en raison de la réduction des budgets et du fait que celle-ci était la moins expérimentée. Il n'a pas été établi que l'embauche chez E2____SA était due à des insultes racistes. Dans son emploi chez E2____SA, il n'est pas permis d'affirmer que l'appelante aurait subi des vexations soit de ses collègues, soit de ses supérieurs, ou qu'elle ait

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/5302/2002-4 16

* COUR D'APPEL * été mise à l'écart. Il sied de relever que le travail effectué chez E2____SA ne devait pas être excessif puisque, assez rapidement, l'appelante a pu consacrer une partie de son temps au centre N____. E2____SA ne s'étant pas développée, les actionnaires ont décidé de la mettre en liquidation et l'appelante a continué à fournir des prestations pour les opérations de liquidation.

Elle n'avait toutefois pas la fonction de liquidateur. La décision de fermer le centre N____ et de le transformer en bureaux, était de la compétence de la direction, voire du conseil d'administration.

On ne saurait faire grief à l'employeur de n'avoir pas associé sa collaboratrice à cette décision. Ce choix impliquait naturellement que la fonction pour laquelle l'appelante avait été engagée n'avait plus d'utilité. On comprend dès lors que si E2____SA et le centre N____ n'avaient plus d'activité, la fonction de l'appelante n'avait plus de raison d'être. Il ne s'agit pas d'une manœuvre tendant à évincer l'appelante. Dans cette mesure, le changement de bureau peut-il être reproché à l'employeur comme un acte de mobbing ? Il appartient à l'employeur de décider de la répartition des bureaux. Il a décidé d'affecter le bureau de l'appelante en salle de prières, ce qui était son droit. Cette décision était sans doute dictée par le fait que la bibliothèque n'étant plus ouverte au public et que le voisinage du bureau de la bibliothécaire n'était plus nécessaire. Il est également établi que d'autres surfaces commerciales ont subi des changements et que des employés se sont trouvés dans des « open space ». Toutefois, il a été mis à disposition de l'appelante un bureau pour elle seule, certes un peu plus petit. Il faut également relever la forte diminution des effectifs de E____SA et les nombreux licenciements.

La liquidation de E2____SA et la fermeture de la bibliothèque, devaient amener l'employeur à licencier sa collaboratrice. Or, il lui a proposé, avec un salaire identique, un autre poste que l'appelante ne trouvait pas convenable. Celle-ci est à nouveau tombée malade. Le licenciement est intervenu, après le respect du délai de protection pour cause de maladie.

Le jugement du Tribunal des prud'hommes sera dès lors confirmé sur ce point.

E. 7

La loi sur l'égalité entre femmes et hommes, entrée en vigueur le 1er juillet 1996, consacre l'interdiction de discriminer le travailleur à raison du sexe, soit directement soit indirectement. L'article 3 al. 2 LEg précise que l'interdiction de toute discrimination s'applique notamment à l'embauche, à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et au perfectionnement professionnel, à la promotion et à la résiliation des rapports de travail.

L'interdiction de discriminer est absolue et vaut dans tous les domaines de la vie professionnelle (Kaufmann, Commentaire de la loi sur l'égalité, n. 12 ad. art. 1 LEg). Sur le plan de la procédure, le Tribunal fédéral a posé des exigences éle-

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/5302/2002-4 17

* COUR D'APPEL * vées, en particulier quant à la constatation des faits, la procédure probatoire et le devoir d'examen du juge (ATF 126 III 395). Selon l'article 6 LEg, l'existence d'une discrimination est présumée, si celui qui s'en prévaut la rend vraisemblable. Pour qu'il y ait vraisemblance, le juge n'a pas à être entièrement convaincu. Il suffit qu'une certaine probabilité de discrimination salariale lui apparaisse, même s'il envisage que cette discrimination pourrait finalement ne pas exister (ATF 125 III 368 = JT 2000 p. 596).

L'employeur doit alors apporter la preuve de l'inexistence d'une discrimination ou la preuve de la justification objective de celle-ci. Cela veut dire que le fardeau de la preuve est renversé (Cossali Sauvain, Egalité entre femmes et hommes, FJS no 545).

En revanche, si le juge considère que la discrimination est entièrement douteuse ou qu'elle a simplement été alléguée, il doit débouter le travailleur (ATF 126 III 395). Lorsque le travailleur ressent l'existence d'une discrimination, la présomption vaut également sur le caractère sexiste de la discrimination. Ainsi, le travailleur ne doit pas prouver, de manière cumulative, une différence de traitement en matière de salaire et sa nature sexiste. Dès lors, lorsque des travailleurs de sexes opposés ont une position semblable dans l'entreprise avec des cahiers des charges comparables, il est présumé, s'il y a une différence de rémunération entre les deux, que celle-ci est de nature sexiste, de sorte que c'est alors à l'employeur d'apporter la preuve de la non discrimination (ATF 127 III 207; ATF 125 II 541; ATF 125 III 368). L'employeur apportera alors la preuve de l'égalité des salaires au sein de l'entreprise ou la justification des différences pour des motifs objectifs (valeur du travail, formation, ancienneté, qualification, expérience, domaine concret d'activité, prestations et risques encourus, considérations sociales telles que charges familiales ou âge).

Si l'équivalence entre les fonctions dans une entreprise où la valeur comparative des activités différentes n'est pas patente, il faudra même recourir à un avis d'expert lequel devra faire porter son examen auprès d'un seul et même employeur (ATF 130 III 145 consid. 3.1.2).

La discrimination peut résulter de la fixation du salaire de la personne déterminée lorsqu'il est comparé à d'autres personnes du sexe opposé ayant une position semblable dans l'entreprise (ATF 127 III 207).

Il peut également y avoir discrimination en matière de promotion lorsqu'une personne se voit promettre un titre qu'elle n'obtient pas alors que son prédécesseur, ayant la même fonction, s'est vu attribuer ce titre immédiatement (ATF 130 III 145). L'employeur pourra rapporter la preuve que la différence de traitement repose sur des facteurs objectifs (ATF 127 III 207). Constituent des motifs objectifs ceux qui peuvent influencer la valeur même du travail, comme la formation, l'ancienneté, la qualification, l'expérience, le domaine concret d'activité, les prestations effectuées, les risques encourus, le cahier des charges. L'employeur doit dé-

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/5302/2002-4 18

* COUR D'APPEL * montrer que la différence de traitement est justifiée parce qu'il poursuit un but objectif qui répond à un véritable besoin de l'entreprise et que les mesures discriminatoires adoptées sont propres à atteindre le but recherché, sous l'angle du principe de la proportionnalité (ATF 126 III 395).

Le principe doit être reconnu que l'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale, sous réserve de l'existence de motifs objectifs justifiant la différence de traitement. Il faudra dès lors faire toutes constatations nécessaires : « quant aux tâches effectuées par la demanderesse et par les autres employés du défendeur, quant à la complexité des tâches en question, quant à l'accomplissement par les intéressés d'autres tâches administratives ou organisationnelles accessoires..., quant à la rémunération de ces travailleurs, quant à la valeur de leur travail et le cas échéant, quant aux motifs objectifs propres à justifier une disparité de traitement » (ATF 127 III 207 consid. 7).

Il convient dans le cas d'espèce de comparer les tâches exécutées par l'appelante au cours de sa carrière professionnelle chez E_____ SA et E2_____ SA, avec celles d'autres collaborateurs.

Les fonctions telles que décrites ne sont pas comparables à celles d'autres collaborateurs. Sur le plan organisationnel, l'appelante travaillait pour deux entités, aidée parfois d'un collaborateur. Elle n'était pas membre de la direction. Son salaire était supérieur à celui d'un comptable superviseur, et environ semblable à celui de la cheffe du personnel. Même si son travail nécessitait un sens des responsabilités, de l'organisation, du sens des relations humaines et justifiait plusieurs déplacements, on ne saurait le comparer à celui d'un directeur, ayant de nombreuses personnes sous ses ordres. Un titre universitaire n'est pas suffisant à donner droit à un poste dirigeant dans une entreprise, pas plus qu'à un salaire élevé. Dans de nombreuses entreprises, les commerciaux sans formation particulière sont bien mieux rémunérés que des ingénieurs diplômés. D'ailleurs, l'appelante a cherché mieux, mais n'a rien trouvé de convenable au niveau du salaire.

Quant à une éventuelle discrimination à la promotion, on relèvera tout d'abord que E_____ SA a fortement réduit ses effectifs. Elle a nommé A1_____ en 1982 en tant que directeur. A_____ a fait carrière chez E_____ SA alors que l'appelante s'occupait du centre N____ et de E2_____ SA. Il a été nommé Senior Manager en 1990, bien avant l'entrée en vigueur de la LEg. Auparavant, il avait déjà 14 personnes sous ses ordres. En son temps, l'appelante n'avait pas posé sa candidature à un autre poste et ne s'était pas opposée à cette promotion. On ne saurait considérer qu'il y a eu discrimination à la promotion, soit que l'appelante a été écartée de la promotion à une fonction de directrice en raison de son sexe.

Le jugement des prud'hommes sera confirmé sur ce point.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/5302/2002-4 19

* COUR D'APPEL *

E. 8

Quant à l'indemnité de licenciement, l'employeur ne s'est engagé contractuellement à aucun autre versement sauf le treizième salaire. L'indemnité de licenciement que réclame

T_____ ne constitue pas une indemnité pour longs rapports de service mais plutôt une gratification, au sens de l'art. 322 let d CO. C'est une rétribution spéciale accordée à des occasions particulières et dépendant dans une certaine mesure de la volonté de l'employeur, si ce n'est dans son principe, à tout le moins dans son montant. L'engagement de l'employeur de verser une gratification peut-être prévue dans le contrat ou résulter, pendant les rapports de travail, d'actes concluants comme le versement régulier et sans réserve d'une gratification (Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, 3 éd. ad art 322 CO, p.95) . Il est ainsi admis qu'une gratification est due lorsque l'employeur l'a versée sans interruption pendant trois années consécutives (Staehelin, Commentaire zurichois, n. 6 ad art. 322 d CO; Wyler, Droit du travail p.120). Selon la doctrine la plus récente, la déclaration verbale ou le comportement des parties peuvent impliquer le caractère obligatoire de gratification, malgré la lettre diamétralement opposée du contrat de travail (Senti, Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation, in AJP-PJA 2002 p. 677). A défaut d'indice permettant d'admettre que l'employeur s'est engagé à verser une gratification, l'on doit admettre que jurisprudence et doctrine reconnaissent le principe de l'égalité de traitement dans le paiement d'une gratification. Cela veut dire que l'employeur doit traiter de manière égale les travailleurs se trouvant dans une situation semblable dans l'attribution des bonus. Toutefois, même en tenant compte du principe de l'égalité de traitements, l'employeur reste libre dans le choix des principes qu'il pose permettant de différencier les employés. Il pourra créer des groupes d'employés dans l'attribution des gratifications. En cela, il faut admettre le principe de la liberté contractuelle qui sous-tend l'existence de différences entre différents employés (JAR 1985 p. 128; Streiff/von Kanenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht n° 20 ad art. 322 CO, n° 5 ad art. 322 d CO et n° 12 ad art. 328 CO). Même une décision subjective et arbitraire venant de l'employeur ne représente une atteinte à la personnalité, soit une atteinte à l'interdiction de discrimination, que si elle laisse transparaître une sous-évaluation de la personnalité du travailleur qui soit blessante pour ce dernier. Il est donc tout à fait admissible de favoriser certains employés dans une entreprise (ATF 129 III 276). Les employés n'ont droit à une égalité de traitement qu'en ce qui concerne un plan social lors de licenciements collectifs (Wyler, Droit du travail, p.364).

La Cour constate tout d'abord qu'un plan social avait été mis en place lors des licenciements collectifs en 1985. A cette occasion, des primes de licenciement ont été versées. De 1997 à 1999, des indemnités ont aussi été attribuées dans dix cas sur treize. En 2000 et 2001, la direction a pris la décision de ne plus s'en tenir à cette pratique. C'est ainsi que la plupart des collaborateurs, dont l'appelante, n'a pas reçu d'indemnité.

Il apparaît dès lors que T_____ n'a pas été moins bien traitée que les autres personnes ayant quitté la société en 2000 et 2001. A ce propos il n'y a pas eu dis-

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/5302/2002-4 20

* COUR D'APPEL * crimination, soit le versement de la prime de façon arbitraire à une minorité d'employés qui auraient été des hommes en excluant les femmes.

Le jugement querellé sera aussi confirmé en tant qu'il a nié le droit de l'appelante à une indemnité de licenciement.

E. 9

La Cour d'appel estime que l'audition de témoins B1_____ et C1_____ est inutile puisque ces témoignages portent sur des faits admis par l'intimée, soit qu'une indemnité pour licenciement a été versée et que des propositions transactionnelles ont été formulées par l'intimée, ce qui ne constitue pas un aveu de responsabilité. Quant à la demande de production de pièces, elle n'est, en l'occurrence, pas opportune. Les nombreux témoins entendus sous serment permettent d'être convaincu du fait qu'il n'y a pas eu discrimination.

E. 10

En ce qui concerne l'action de délivrance d'un certificat de travail, il est relevé que la demande du 1er mars 2002 conclut à la condamnation par E_____SA de fournir à T_____ un certificat de travail conforme à l'art. 330a al. 1 CO. Cette conclusion a été admise de sorte que l'appel, sur ce point est irrecevable (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, Commentaire de la procédure civile genevoise, ad art. 291).

Selon l'art. 330a CO, le travailleur peut demander en tout temps à l'employeur un certificat de travail portant sur la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que sur la qualité de son travail et de sa conduite. Le certificat doit correspondre à la vérité, ce qui interdit notamment à l'employeur d'utiliser un code discréditant le travailleur sous couvert d'appréciation neutre (Duc/Subilia, Commentaire bernois, n° 20 ad 330 a). Toutefois, lorsqu'un certificat de travail est incomplet ou ne reflète pas la réalité, le travailleur peut proposer lui-même une version de remplacement (Wylter, Droit du travail p. 274). L'appelante n'a pas pris de conclusions précises à ce propos, mais on doit considérer que le projet de certificat de travail établi par l'intimée ne contient aucune appréciation quant à la conduite de son ancienne collaboratrice. La condamnation qui lui est faite de fournir un certificat conforme à l'article 330 let a CO est toutefois adéquate et permettrait à l'appelante, en cas de refus d'exécution de réclamer une indemnité pour le dommage qui lui serait causé.

E. 11

La procédure est gratuite pour les parties, conformément aux articles 76 LJP et 343 CO.

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