

GE_GERICHTE CAPH/188/2022 vom 15. November 2022

GE Cour de justice, 2022-11-15, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_CAPH_188_2022

FR: GE_GERICHTE CAPH/188/2022 du 15 novembre 2022

IT: GE_GERICHTE CAPH/188/2022 del 15 novembre 2022

Erwägungen

E. 1

Interjetés dans le délai prescrit par l'article 311 CPC, les appels de A_____ SA et B_____ sont recevables. B_____ conclut à l'irrecevabilité de l'appel interjeté par A_____ SA pour défaut de motivation. L'article 311 CPC prescrit à ce sujet que l'appel doit être motivé, ce qui signifie que l'appelant a le fardeau d'expliquer les motifs pour lesquels le jugement attaqué doit être annulé et modifié, un simple renvoi aux écritures et pièces de première instance n'étant pas conforme aux exigences de motivation de l'article 311 al. 1 CPC (JEANDIN,

- 8/19 -

C/10439/2020-4 Code de procédure civile commenté, 2è éd., n°3, ad art. 311 CPC).

L'instance supérieure doit pouvoir comprendre ce qui est reproché aux premiers juges sans avoir à rechercher des griefs par elle-même, ce qui exige une certaine précision quant à l'énoncé et à la discussion des griefs (JEANDIN, loc. cit., n°3a et 3b, ad art. 311 CPC).

L'appel de A_____ SA du 23 février 2022 répond à cette exigence de motivation, dans la mesure où la juridiction supérieure comprend les griefs énoncés par l'appelante à l'encontre du jugement entrepris, la critique portant à la fois sur la discrimination retenue par le Tribunal quant à l'attribution des tâches et sur la discrimination salariale. En substance, l'appelante fait grief au Tribunal de n'avoir pas pris en considération les éléments objectifs qui justifiaient une différence de salaire. Partant, la motivation est suffisante et l'appel de A_____ SA sera déclaré recevable.

E. 2

L'article 8 al. 3 Cst impose d'octroyer à l'homme et à la femme un salaire égal pour un travail de valeur égale. Selon l'article 3 LÉg, il est interdit de discriminer les travailleurs à raison du sexe, soit directement, soit indirectement, cette interdiction s'appliquant en particulier à l'emploi, à l'attribution des tâches, à l'organisation des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et à la formation continue, à la promotion et au licenciement.

E. 2.1

L'interdiction de discriminer est absolue (ATF 133 III 145 consid. 3.2 ; ATF 127 III 207 consid. 4.1) et ne dépend ni d'une faute, ni d'une conscience ou intention discriminatoire (ATF 127 III 207 consid. 5b ; AUBRY/GIRARDIN, Commentaire de la loi sur l'égalité, Genève, 2011, n°9 ad art. 3 LÉg, p. 73).

Il y a discrimination directe si une différence de traitement est expressément fondée sur le sexe ou sur un critère qui ne peut être rempli que par l'un des deux sexes et si elle ne peut être effectivement justifiée (ATF 145 II 153 consid. 4.3.5 ; 124 II 409 consid. 7 ; 124 II 529

consid. 3a ; 125 I 71 consid. 2a). D'autre part, une discrimination indirecte peut être présumée si une disposition formellement neutre du point de vue du genre désavantage en fin de compte nettement plus ou majoritairement les membres d'un sexe par rapport à ceux de l'autre, sans que cela soit objectivement justifié (ATF 144 II 65 consid. 4.1 ; 141 II 411 consid. 6.1 ; 125 II 71 consid. 2.1 ; 124 II 409 consid. 7).

E. 2.2

L'existence d'une telle discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable (article 6 LEg). Cette disposition constitue un allègement du fardeau de la preuve et s'applique 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 (arrêt du Tribunal fédéral 8C_821/2016 du 26 janvier 2018, consid. 3.3). Une discrimination est rendue vraisemblable lorsque les

- 9/19 -

C/10439/2020-4 personnes d'un sexe reçoivent une rémunération significativement plus basse (environ 15 à 25%) que les personnes de l'autre sexe pour un travail de valeur égale. Si une discrimination liée au sexe est rendue vraisemblable, le fardeau de la preuve est renversé et il revient à l'employeur de prouver que la différence de rémunération est fondée sur des critères objectifs, tels que les raisons qui peuvent influencer la valeur du travail (formation, années de service, qualification, expérience, prestation, risques), les raisons qui prennent en compte des facteurs sociaux (charge familiale, âge) et enfin des facteurs externes (situation conjoncturelle). Il ne suffit pas de donner n'importe quels motifs pour justifier une différence de traitement. Au contraire, les motifs doivent être pertinents pour le travail concret (ATF 142 II 49 ; ATF 144 II 65 et les références citées). L'employeur doit démontrer qu'il poursuit un but objectif répondant à un besoin de l'entreprise et que les mesures discriminatoires adoptées sont propres à atteindre le but recherché, sous l'angle de la proportionnalité (ATF 130 III 145 consid. 5.1 et les références citées). Parmi ces éléments objectifs, on peut retenir divers critères qui peuvent être de nature à influencer la valeur du travail, tels la formation, la qualification professionnelle, l'expérience professionnelle, le domaine concret d'activité, les prestations effectuées, les risques encourus, le rendement, le cahier des charges, le plurilinguisme, l'importance du budget à gérer (WYLER, Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, n°30, ad art. 6 LEg, p. 167 à 170). L'ancienneté peut également constituer un tel critère, mais a toutefois tendance à perdre son importance avec l'écoulement du temps, notamment lorsque les collègues sont au bénéfice de la même formation, exercent les mêmes activités, avec un cahier des charges identique, et des responsabilités identiques sans que la qualité ou la quantité de leurs prestations ne soient l'objet de différences (arrêt du Tribunal fédéral dans la cause 2A_192/2002 du 7 mars 2003, consid. 5.2 ; ATF 123 I 1 consid. 6c ; WYLER, loc. cit., n°30b ad art. 6 LEg).

E. 2.3

La jurisprudence récente en matière de droit privé se montre restrictive et circonspecte à admettre des critères conjoncturels au titre de motifs objectifs. Elle exige à cet égard que les disparités en résultant soient compensées dès qu'il est raisonnablement possible de le faire pour l'employeur, le cas échéant dans le délai d'une année. Ainsi, selon la jurisprudence, la situation conjoncturelle ne peut conduire à une différence de traitement entre collègues que temporairement (AUBRY/GIRARDIN, loc. cit., n°38 ad art. 3 LEg ; WYLER, loc. cit.,

n°31 lit. c ad art. 6 LEg ; ATF 130 III 145 consid. 5.2 qui indique expressément que la situation conjoncturelle peut conduire à une différence rémunération pour le même travail, « mais que les disparités de salaire... qui résultent de fluctuations conjoncturelles doivent être compensées dès qu'il est raisonnablement possible de le faire pour l'employeur, le cas échéant dans le délai d'une année (arrêt 4C_57/2002 du 10 septembre 2002, consid. 4.2 qui se réfère à Stephan Hegner, Salaire égal pour un travail de valeur égale, Zürich 1980, p. 26 ; cf aussi ATF

- 10/19 -

C/10439/2020-4 125 III 368 consid. 5C/ee). » Dans cette dernière décision (ATF 125 III 368 = JT 2001 596), le Tribunal fédéral s'inspire largement de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes. Il rappelle que la conjoncture peut justifier une différence de rémunération dans la mesure où sa prise en considération correspond à un réel besoin de l'entreprise (ATF 125 I 71 consid. 4d/aa, p 24 ; ATF 118 Ia 35, consid. 2c p. 38 ; JT 1994 I 147; ATF 113 Ia 107 consid. 4a p. 116 ss; cf. l'aperçu de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes en matière d'égalité cité par OLIVIER STEINER, Das Verbot der Indirekten Diskriminierung des Geschlechts in Erwerbsebens, Bâle 1999, p. 181 ss). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral rappelle que, dans la littérature récente, les auteurs se réfèrent à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes et admettent en principe des différences de salaire dues au marché, à certaines conditions restrictives : celles-ci doivent ainsi respecter la principe de la proportionnalité ; elles doivent aussi répondre de façon appropriée et exigible à un réel besoin de l'entreprise (STEINER, loc. cit., p. 275), elles ne doivent pas dépasser les fluctuations conjoncturelles établies et doivent se limiter au laps de temps le plus court possible ; l'entreprise doit les éliminer dans un délai convenable lors de son réexamen périodique de la structure des salaires (STEPHAN HEGNER, loc. cit., p. 126).

C'est à l'aune de ces principes qu'il s'agit d'apprécier les griefs formulés par les deux appelants à l'encontre du Tribunal des prud'hommes.

E. 3

Il découle du dossier que B_____ a rendu vraisemblable une discrimination salariale. Elle a été engagée avec un salaire mensuel brut de base de 3'800 fr., alors que ces trois autres collègues, serveurs, masculins, qui effectuaient des tâches identiques, percevaient des salaires entre CHF 4'600.- et 4'950 fr., soit près de 17.40% à 23.25% supérieurs à celui de la salariée. Cette dernière a donc rendu vraisemblable la discrimination et cette situation implique un renversement du fardeau de la preuve au terme de laquelle l'employeur doit prouver que la différence de rémunération est fondée sur des critères objectifs.

E. 3.1

Dans son appel du 23 février 2022, A_____ SA ne paraît pas contester ce principe du renversement du fardeau de la preuve puisqu'elle invoque des critères objectifs qui lui permettent de nier la discrimination salariale. A cet égard, l'appelante relève que la différence de salaire entre la salariée et ses collègues masculins repose sur des critères objectifs dès lors que ces derniers disposaient d'une expérience supérieure à celle de la salariée, ayant été engagés bien antérieurement à cette dernière et à une « période faste » qui permettait de leur proposer des conditions salariales très avantageuses pour l'époque. Lorsque la conjoncture s'est révélée plus mauvaise, il était impossible pour l'entreprise de baisser les salaires ainsi offerts aux employés masculins (qui avaient d'ailleurs bénéficié

d'augmentations depuis leur engagement) mais il n'était pas possible d'offrir le même niveau de rémunération à la nouvelle entrante. A

- 11/19 -

C/10439/2020-4 comprendre l'argumentation, l'appelante A_____ SA invoque deux critères objectifs, l'ancienneté des employés masculins engagés à des conditions « avantageuses » et une situation conjoncturelle défavorable lors de l'engagement de la salariée.

E. 3.2

S'agissant du premier moyen (ancienneté et expérience professionnelle), il sera examiné sous ch. 4, ci-dessous, dès lors qu'il se confond avec la motivation développée à cet égard par B_____, également appelante du jugement du Tribunal.

A l'appui de son moyen, A_____ SA soutient que l'ancienneté et l'expérience professionnelle des employés masculins étaient un critère objectif propre à justifier une discrimination salariale ayant couru pendant toute la relation de travail de l'employée ; dans son appel, cette dernière conteste l'existence de ce motif objectif et reproche au Tribunal d'avoir considéré que, jusqu'en novembre 2018, l'ancienneté et l'expérience professionnelle pouvaient justifier une différence salariale sans pour autant constituer une discrimination.

E. 3.3

Au titre d'élément objectif justifiant la différence salariale, l'appelante invoque également une situation conjoncturelle qui l'empêchait d'offrir à la nouvelle employée un niveau de rémunération égal à ses collègues masculins qui étaient dans l'entreprise depuis de nombreuses années et qui avaient de ce fait bénéficié d'augmentations salariales. Ce seul critère ne peut être suffisant, selon la Chambre des prud'hommes, pour constituer un critère objectif justifiant une discrimination salariale. La jurisprudence citée ci-dessus rappelle que des motifs économiques ne justifient pas l'écart salarial discriminatoire ou alors de façon strictement temporaire, la discrimination devant disparaître dans le délai d'une année. Au regard des conditions restrictives posées par la jurisprudence pour l'admission de ce critère objectif, il ne peut justifier une discrimination salariale.

A l'appui de son moyen, l'appelante A_____ SA se contente d'invoquer une baisse de son chiffre d'affaires, notamment entre 2012 et 2020, en produisant à ce sujet un tableau récapitulatif. Une telle allégation est insuffisante pour que la Chambre des prud'hommes retienne comme établi ce critère lié à la situation conjoncturelle et propre à justifier une discrimination salariale. L'employeur n'a pas expliqué en quoi la baisse du chiffre d'affaires entre 2012 et 2019, de moins de 10% par année (9% de 2012 à 2014, 7% de 2014 à 2015, 9% de 2015 à 2016, 9% de 2016 à 2018, 7% de 2018 à 2019) rendait impossible la réévaluation de la rémunération de l'employée féminine. L'employeuse n'a pas démontré et justifié la répartition des coûts, les charges fixes, les éventuelles absences de liquidités qui eussent empêché une telle réévaluation, compte tenu de la disparité salariale avec les collègues masculins. En invoquant une seule baisse de son chiffre d'affaires, au demeurant peu significative quoique constante, A_____ SA n'a

- 12/19 -

C/10439/2020-4 pas rapporté la preuve que cette situation conjoncturelle, qui doit être appréciée au demeurant de façon restrictive, légitimait une différence salariale. A cela s'ajoute le fait que, alors même que la marche des affaires était en 2019 en régression, A_____ SA a engagé la remplaçante de B_____ à un salaire mensuel plus élevé, soit 4'300 fr. augmenté à 4'500 fr. après trois mois d'engagement, ce qui prouve que l'augmentation salariale n'était pas impossible. L'argument tiré de la conjoncture économique ne présente ici aucune substance.

Il en va de même de l'argument lié à l'engagement de l'extra, dont on ne comprend d'ailleurs pas qu'il eut empêché l'augmentation du salaire de la salariée. Il n'a pas été démontré que l'engagement de l'extra était spécifiquement dévolu à B_____, la procédure ayant rapporté que l'extra intervenait en cas d'accroissement subit de la clientèle ou pour pallier une absence. Enfin, comme le rappelle à bon droit les premiers juges, on ne peut exclure qu'une alternance équilibrée de travail au D_____ parmi l'ensemble des cinq serveurs de l'établissement aurait permis d'éviter l'engagement d'une extra. L'employeur ne peut dès lors justifier le maintien d'une inégalité salariale par une des possibles conséquences de la discrimination à la tâche qu'il a lui-même imposée.

La Chambre d'appel des prud'hommes retiendra que A_____ SA n'a pas apporté la preuve que la conjoncture commerciale constituait un critère objectif qui pouvait justifier une discrimination salariale rendue vraisemblable par la salariée.

E. 4

La victime de discrimination salariale peut entreprendre à une action en paiement du salaire, au sens de l'article 5 al. 1 lit. d LEg. Lorsque le salaire est fixé de façon discriminatoire, l'action en paiement du salaire portera sur les arriérés de rémunération, la partie demanderesse devant conclure au versement d'un montant chiffré correspondant à la différence entre le salaire reçu et le salaire non discriminatoire (ATF 131 II 393 consid. 8.1 ; 125 I 14 consid. 3 ; 124 II 436 consid. 10k ; AUBERT, Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, n°25 et 26, ad art. 5 LEg et les références citées).

E. 4.1

Appliquant l'article 5 al. 1 lit. d LEg, le Tribunal a pris en considération un salaire non discriminatoire mensuel de 4'300 fr., soit une différence de salaire de 500 fr. avec la rémunération perçue par la salariée et considéré que le salaire perçu par cette dernière était discriminatoire à compter de novembre 2018. Les premiers juges ont en effet considéré, qu'à l'issue de quatre années de collaboration de l'employée au sein de l'entreprise, une disparité salariale ne se justifiait plus.

E. 4.2

Dans son appel du 21 février 2022, B_____ fait grief aux premiers juges d'avoir erré concernant à la fois le montant du salaire non discriminatoire et la

- 13/19 -

C/10439/2020-4 date à partir de laquelle le salaire devenait discriminatoire. S'agissant du montant, l'appelante se réfère aux rémunérations des collègues masculins de la salariée qui percevaient, à compter de 2014 (soit lors de l'engagement de l'appelante) des rémunérations oscillant entre 4'600 fr. et 4'950 fr., soit un salaire moyen de 4'775 fr. La critique de l'appelante est sur ce point fondée et on ne comprend pas les raisons pour lesquelles les premiers juges ont pris en considération un salaire non discriminatoire de

4'300 fr., alors que le salaire des employés masculins effectuant le même travail oscillait entre 4'600 fr. et 4'950 fr., soit une moyenne de 4'775 fr. Le salaire non discriminatoire constituant le salaire des employés masculins effectuant les mêmes tâches, on ne voit pas la justification de retenir un salaire non discriminatoire inférieur à la rémunération de ces employés masculins. Le Tribunal aurait dû se référer aux revenus des collègues masculins de l'appelante pour calculer la différence salariale entre le salaire perçu et le salaire non discriminatoire. La critique de l'appelante est sur ce point fondée.

E. 4.3

B_____ reproche également au Tribunal d'avoir arbitrairement fixé la date à partir de laquelle le salaire devenait discriminatoire en novembre 2018, soit quatre années après l'engagement de la salariée. Sur ce point, les premiers juges relèvent que B_____ bénéficiait, avant son engagement, d'une expérience professionnelle de deux années dans le domaine de la restauration et que, si un écart de salaire avec les collègues masculins pouvait se justifier à cette date, il ne pouvait perdurer au bout de quatre années de service au sein de l'établissement qui l'avait engagée. Les trois serveurs du restaurant pris comme critère de comparaison (H_____, F_____ et G_____) ont été engagés à un niveau de rémunération quasiment similaire (3'700 fr. - 3'800 fr.). Certes, ils ne bénéficiaient pas tous de la même expérience lors de leur engagement, puisque leur expérience était respectivement de dix ans (H_____), six ans (G_____) et trois ans (F_____). Les trois serveurs masculins ont connu des augmentations de salaire depuis leur engagement intervenu en 1997 pour H_____, en 1995 pour G_____ et en 1992 pour F_____. Ils ont indiqué avoir bénéficié de deux voire trois augmentations de salaire pour obtenir en 2011, une rémunération qui par la suite n'a pas subi de variation. H_____ et G_____ percevaient ainsi une rémunération de 4'600 fr. et F_____ de 4'950 fr. En 2014, lors de l'engagement de B_____, les trois employés masculins qui percevaient la rémunération précitée bénéficiaient dans l'établissement d'une ancienneté de respectivement dix-sept ans (H_____), dix-neuf (G_____) et vingt-deux ans (F_____).

Compte tenu de cette ancienneté et de l'expérience professionnelle pour les trois serveurs masculins, il n'était, selon la Chambre des prud'hommes, pas discriminatoire, au moment de l'engagement de B_____ en 2014, d'offrir à cette dernière un salaire inférieur à celui de ses collègues. L'entreprise eut-elle engagée un jeune serveur masculin, qu'elle lui aurait assurément proposé un salaire inférieur à ceux offerts à ses collègues, compte tenu de leur ancienneté

- 14/19 -

C/10439/2020-4 dans l'entreprise et de leur expérience professionnelle. Si les critères liés à l'ancienneté et à l'expérience professionnelle ont vocation à perdre de leur importance avec le temps, ils restaient néanmoins des critères étant de nature à influencer la valeur de travail et, dès lors, aptes à justifier une discrimination salariale. La jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 130 III 145 consid. 5.2 ; 127 III 207 consid. 3c ; 125 III 368 consid. 5) nous enseigne que l'expérience professionnelle perd certes de son importance avec le temps, notamment lorsque la comparaison intervient entre deux personnes bénéficiant d'une telle expérience et que, si ce critère était de nature à justifier une différence initiale de traitement, il est devenu relatif sept années après l'entrée en fonction, même si le collègue bénéficiait d'une expérience professionnelle dans un secteur social d'un an et demi supérieur à celui de la partie demanderesse (WYLER, loc. cit., n°30 lit. 3, ad art. 6 LÉg et les références citées).

Ainsi, contrairement à ce que soutient l'appelante, les premiers juges ne pouvaient faire totalement fi de l'expérience professionnelle au sein de l'entreprise et ne pouvaient pas juger, dès l'entrée en fonction de B_____, que le salaire proposé était derechef discriminatoire par rapport à ses collègues masculins.

E. 4.4

Il convient dès lors d'examiner au bout de quel laps de temps ce critère liée à l'ancienneté et à l'expérience professionnelle a perdu de son intérêt et ne pouvait plus être invoqué comme justifiant une disparité salariale. La procédure n'a pas démontré que B_____ souffrait de carences dans l'exécution de ses tâches liées à un défaut d'expérience, le témoin H_____ ayant néanmoins relevé qu'il arrivait au personnel masculin de conseiller la serveuse, compte tenu de l'expérience que possédaient les serveurs dans l'entreprise et la restauration en générale.

Les premiers juges ont relevé que B_____ disposait, au moment de son engagement au restaurant A_____ SA, d'une expérience professionnelle de deux années dans la restauration pour avoir travaillé au [restaurant] J_____ qui propose toutefois un autre service que celui du restaurant A_____, qui est plus élaboré et plus raffiné, notamment au D_____. La Chambre des prud'hommes relève en outre que la remplaçante de B_____, E_____, a été engagée alors qu'elle bénéficiait de quatre années d'expérience dans le domaine du service de restauration. Elle s'est vue proposer d'emblée un salaire de 4'300 fr., porté à 4'500 fr. après trois mois, soit quasiment la rémunération de ses collègues masculins. Ainsi, pour l'employeuse, une expérience professionnelle de quatre années paraît être un critère pour équilibrer les salaires au sein de l'entreprise et éviter des disparités. Il sera ainsi retenu qu'à l'issue de quatre années d'expérience dans le service de restauration, la disparité salariale ne présentait plus de justification.

Compte tenu de l'expérience de deux années acquise par B_____ auprès de son précédent emploi, la Chambre des prud'hommes considérera que, à l'issue de

- 15/19 -

C/10439/2020-4 deux années au sein du restaurant A_____, soit après quatre années d'expérience professionnelle dans ce secteur d'activité, une disparité salariale ne se justifiait plus. La juridiction d'appel relève d'ailleurs que les témoignages se sont accordés à reconnaître que B_____ était une bonne professionnelle et compétente dans son emploi. La date de novembre 2016 sera ainsi prise en considération.

La Chambre des prud'hommes retiendra ainsi novembre 2016 comme la date à partir de laquelle le salaire devient discrétionnaire ; la juridiction d'appel prendra en considération la moyenne des rémunérations des serveurs masculins - 4'775 fr. - impliquant ainsi une différence salariale mensuelle de 975 fr., calculée sur trente-six mois. C'est ainsi une somme de 35'100 fr., avec suite d'intérêts, qui sera prise en considération au titre de différence de salaire, au sens de l'article 5 al. 1 lit. d L'Eg. Le jugement sera réformé dans ce sens. L'appelante B_____ faisait partir le dies a quo des intérêts moratoires sur la créance en différence de salaire au 1er mai 2017, cette date sera retenue par la Chambre des prud'hommes.

E. 5

Dans son appel du 23 février 2022, A_____ SA reproche également au Tribunal d'avoir retenu une discrimination directe dans l'attribution des tâches contraire à l'article 3 al. 2

LEg. A l'appui de sa critique, l'appelante relève que (i) selon la tradition japonaise, le service au sein du D_____ est en général l'apanage de la gente féminine vêtue de kimonos de soie, (ii) l'intimée a été engagée pour travailler au D_____ en tenue de kimono, (iii) les conditions de travail au D_____ n'étaient pas différentes et plus contraignantes que celles de la salle à manger du rez-de-chaussée, (iv) lorsque l'intimée s'est plainte de son affectation au D_____, les parties ont décidé de mettre fin d'un commun accord à la relation de travail. Dans son mémoire de réponse du 25 mars 2022, B_____ considère que c'est à bon droit que les premiers juges ont admis une discrimination directe à l'attribution des tâches et, d'un point de vue procédural, reproche à l'appelante un défaut d'allégation et de preuve, qui justifieraient une différence de traitement concernant les tâches entre la serveuse et ses collègues masculins.

E. 5.1

Une entreprise qui, par principe, réserve certains travaux au personnel de sexe masculin ou féminin, se rend coupable de discrimination directe dans l'attribution des tâches, à moins qu'elle ne soit en mesure de prouver qu'aucune femme ou aucun homme ne serait à même d'accomplir ces tâches efficacement (LEMPEN, Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, n°25 ad art. 3 LEg). Des moyens de statistiques ou des idées préconçues sur l'adéquation des hommes ou des femmes à accomplir certaines tâches ne pourront être invoqués ; seules comptent les aptitudes réelles des personnes concernées (lourdes tâches, résistance au stress, etc.). Ainsi, une entreprise qui n'affecte que des employés masculins aux travaux exigeant de la force physique sans se soucier si ces derniers sont véritablement de constitution plus robuste que leurs collègues

- 16/19 -

C/10439/2020-4 féminines commet une discrimination directe dans l'attribution des tâches (LEMPEN, loc. cit. n°25 ad art. 3 et les références citées).

E. 5.2

Le Tribunal a retenu que les mesures probatoires, notamment l'audition des employés du restaurant, conduisaient à retenir que seules les employées féminines travaillaient au D_____, à l'exclusion du personnel masculin, sans toutefois pouvoir donner une justification à cette attribution différenciée des tâches. Il résulte de ces déclarations que les tâches étaient genrées et qu'il appartenait dès lors à l'employeur, en vertu de l'allègement du fardeau de la preuve qui s'applique également à l'attribution des tâches, de démontrer l'inexistence d'une telle discrimination dans l'attribution des tâches en rapportant la preuve stricte que la différence de traitement repose sur des facteurs objectifs. A l'appui de son argumentaire, A_____ SA invoque notamment la culture japonaise qui impliquerait que le service au D_____ soit effectué par des serveuses en kimono. A juste titre, le Tribunal, sans mépris pour la culture japonaise, a retenu que cette tradition n'apparaissait pas propre à constituer un critère objectif justifiant une différenciation, ce d'autant plus qu'il paraît vraisemblable que des employés de sexe masculin puissent également porter le kimono dans des restaurants de gastronomie japonaise. Sans vouloir entrer dans un débat sur la culture japonaise, le kimono ne représente pas l'habit traditionnel dévolu aux personnes de sexe féminin.

L'acte d'appel contient à cet égard une double faiblesse. D'une part, il ne critique pas avec suffisamment de précision, au sens de l'article 311 CPC, la motivation des premiers juges les ayant conduit à retenir une discrimination dans l'attribution des tâches. D'autre part,

l'appelante semble occulter le renversement du fardeau de la preuve qu'implique l'allègement de ce fardeau qui s'applique également à l'attribution des tâches. Il appartenait dès lors à l'appelante de démontrer, s'agissant de l'attribution des tâches, que la mesure poursuit un but légitime et commercialement nécessaire, qu'elle est appropriée et nécessaire à la réalisation de ce but, qu'il n'existe pas de solution de rechange raisonnable ayant des conséquences moins discriminatoires et qu'elle a pris des mesures d'accompagnement pour réduire l'effet discriminatoire (FREIVOEGEL, Commentaire de la loi sur l'égalité, 2000, n°53, ad art. 3 LEg). L'employeur a échoué à rapporter cette preuve cumulative. Le fait que B _____ n'aurait pas émis de protestation sur son affectation jusqu'en janvier 2019 ne constitue pas un fait justificatif qui fait disparaître la discrimination dans l'attribution des tâches. De même, les circonstances qui ont entouré la fin des rapports de service ne constituent pas un tel fait justificatif. Faute de critique suffisante, cet aspect du jugement sera confirmé.

E. 6

Dans son appel, A _____ SA fait enfin grief au Tribunal d'avoir alloué à B _____ une indemnité nette de 4'200 fr. et sollicite la réformation du jugement sur ce point. A l'appui de son appel, A _____ SA invoque que le Tribunal a

- 17/19 -

C/10439/2020-4 refusé d'allouer une indemnité pour tort moral à l'employée en application de l'article 49 al. 1 CO, dont les conditions n'étaient pas remplies, au regard notamment de l'atteinte à la personnalité dont se plaignait la salariée du chef des agissements de son supérieur hiérarchique K _____. L'appelante relève que c'est à tort que les premiers juges ont alloué à la salariée une indemnité fondée sur l'article 5 al. 5 LEg considérant qu'aucun élément ne permettait d'établir l'existence d'une souffrance particulière revêtant un degré de gravité qui nécessiterait une réparation par le biais d'une indemnité pour tort moral.

E. 6.1

Selon l'article 5 al. 5 LEg, sont réservés les droits en dommages-intérêts et en réparation de tort moral, de même que les prétentions découlant de dispositions contractuelles plus favorables aux travailleurs. Le Tribunal fédéral a pu déterminer la portée de cette réserve en indiquant qu'elle visait à « clarifier la situation », en rappelant qu'une discrimination au sens de la loi sur l'égalité représente aussi une atteinte au droit de la personnalité et que cette atteinte illicite peut donner droit à des dommages-intérêts, ainsi qu'à une réparation de tort moral (ATF 163 II 254 consid. 5.3 et les références citées). Ainsi, selon l'article 5 al. 5 LEg, le régime spécial des indemnités prévu à l'article 5 al. 2 et 3 LEg laisse subsister pleinement les actions découlant d'un droit commun. L'article 5 al. 5 LEg constitue donc une base légale suffisante pour allouer à la salariée une indemnité.

E. 6.2

Les premiers juges ont considéré que B _____ avait subi une ou plusieurs discriminations contraires à l'article 3 LEg. De telles discriminations sont dès lors illicites, puisqu'elles contreviennent à la loi et constituent donc une atteinte illicite à la personnalité de la salariée.

Pour justifier l'octroi d'une indemnité au sens de l'article 5 al. 5 LEg, le Tribunal a notamment retenu que l'affectation de la salarié au D _____ avait généré des douleurs particulières, notamment des douleurs dorsales et des douleurs aux bras, liées à la pénibilité de l'activité concernée. Les symptômes dont a souffert B _____ et liés à son activité

ressortent de la procédure, la salariée s'étant notamment plainte à ses collègues de la pénibilité de son activité (procès-verbal d'audience du 31 août 2021, p. 2, 4 et 8 ; procès-verbal d'audience du 2 septembre 2021, p. 3). Elle s'en est également plainte à sa colocataire, qui a remarqué un changement dans l'état physique de son amie qui se plaignait de maux de dos (procès-verbal d'audience du 31 août 2021, p. 4). Enfin, B_____ a produit à la procédure plusieurs certificats médicaux qui attestent de ces symptômes en relation avec son activité professionnelle. Il ressort ainsi de la procédure que B_____ a souffert physiquement et psychiquement des discriminations subies dans le cadre de son travail, notamment la discrimination liée à l'attribution des tâches qui la confinaient dans une activité dans laquelle elle ressentait une certaine pénibilité.

- 18/19 -

C/10439/2020-4

Dès lors, l'indemnité allouée par le Tribunal à la salariée ne viole pas l'article 5 al. 5 LEg et le jugement sera sur ce point confirmé.

E. 7

La procédure relevant de l'application de la LEg, elle est gratuite et il ne sera dès lors pas statué sur les frais. * * * * *

PAR CES MOTIFS, La Chambre des prud'hommes, groupe 2 :

A la forme : Déclare recevable l'appel interjeté le 21 février 2022 par B_____ à l'encontre du jugement JTPH/20/2022 du 21 janvier 2022, dans la cause C/9283/2020-2. Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ SA contre ledit jugement.

Au fond : Annule et met à néant le chiffre 2 dudit jugement. Confirme le jugement pour le surplus.

Statuant à nouveau : Condamne A_____ SA à payer à B_____ la somme brute de 35'100 fr. avec intérêts à 5% dès le 1er mai 2017. Déboute les parties de toute autre conclusion.

Siégeant : Monsieur Guy STANISLAS, président; Madame Fiona MAC PHAIL, juge employeur; Monsieur Kasum VELII, juge salarié; Madame Véronique FERNANDES, greffière.

Indication des voies de recours et valeur litigieuse :

- 19/19 -

C/10439/2020-4

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté 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 15'000 fr.

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