



Madame T _____

Dom. élu: Me Jean-Bernard WAEBER
Rue Verdaine 12
Case postale 3847
1211 Genève 3

Partie appelante

E _____ SA

Dom. élu: Me Guy STANISLAS
Rue Bellot 2
1206 Genève

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 11 novembre 2009

Mme Florence KRAUSKOPF, présidente

Mme Micheline REDARD et M. Denis MAUVAIS, juges employeurs

MM. Yves DUPRE et Pierre André THORIMBERT, juges salariés

M. Pierre-Alain STÄHLI, greffier d'audience

EN FAIT

A.a. E1_____ est une société anonyme dont le but social est l'exploitation industrielle et commerciale de licences, notamment de produits pharmaceutiques, chimiques, et d'appareils, instruments ou installations utilisés dans les industries chimiques et pharmaceutiques, ainsi que la fabrication, le commerce, l'importation ou l'exportation de tels produits, et dont le siège est situé à _____/GE.

b. T_____ a été engagée par E1_____, le 30 avril 2001, en qualité de "responsable administration des ventes".

Son contrat de travail prévoyait notamment un salaire mensuel de 7'100 fr. brut, et le versement d'un treizième salaire en fin d'année.

Par ailleurs, les parties sont convenues d'une rémunération variable représentant 10% du salaire annuel, payée selon les normes du groupe et calculée la première année à partir de la fin de la période d'essai. A cet égard, les objectifs, tant qualitatifs que quantitatifs, qu'elle devait atteindre étaient régulièrement prévus.

c. Au début, deux postes avaient été proposés à T_____. L'un à l'administration des ventes et l'autre dans le marketing. Elle avait opté pour le premier poste, dans la mesure où elle en avait apprécié la description.

d. Lors de son engagement, T_____ disposait d'une formation en sciences économiques de l'Université de ____ (DEUG), avait suivi et achevé plusieurs formations professionnelles en techniques de communication de vente, et bénéficiait d'une expérience professionnelle de onze ans dans l'industrie pharmaceutique.

A son entrée en service, elle avait notamment pour mission de fournir un support administratif et de gestion pour l'unité des ventes, ainsi que pour la direction générale, selon les demandes, et de mener des projets liés à la gestion administrative des ventes. Selon l'organigramme reproduit dans son cahier des charges, son poste se situait au même niveau que celui de A_____ et B_____. Par ailleurs, les connaissances obligatoires dont elle devait disposer pour ce poste consistaient en un niveau avancé en informatique, la maîtrise des langues française et allemande, l'accomplissement d'une formation commerciale supérieure ainsi qu'une expérience sur le terrain.

- e. A la fin de la période d'essai, les performances de T_____ étaient ont été jugées bonnes, voire excellentes pour certaines. Lors d'un entretien de développement subséquent, le travail de T_____ a également été positivement apprécié.

Pour sa part, T_____ observait que sa mission avait été sous-estimée en terme de charges de travail et que son salaire ne correspondait pas à ce qu'elle estimait rapporter à la société.

- f. Le 25 septembre 2002, T_____ a été nommée "sales administrator manager" avec effet au 1^{er} septembre 2002 et l'entreprise lui offrait un cours de langue allemande. Elle s'est pour le surplus vue promettre son association à une série de projets pour mieux connaître et maîtriser le marché suisse dans le contexte de la préparation de la suite de sa carrière. La révision de son salaire lui serait communiquée en fin d'année.

En plus des tâches initialement confiées, elle s'est vue attribuer, selon un cahier des charges du 14 octobre 2002, les tâches de fournir le support de gestion pour différents acteurs commerciaux et le service de marketing ainsi que la formation administrative et le coaching de certains collaborateurs. Sur l'organigramme de la société, la place qu'elle occupait n'avait toutefois pas connu de changement.

Le 17 février 2003, les performances de T_____ ont été estimées très satisfaisantes et dépassant largement les exigences attendues à son poste.

Le 30 juin 2003, T_____ s'est soumise à un nouvel entretien d'évaluation, lors duquel elle a notamment été remerciée pour avoir accepté de reprendre la direction d'un projet en plus de ses responsabilités habituelles, et a promis de revenir en 2004 après son congé maternité. Elle sollicitait pour le surplus une évolution de son salaire, et de ses responsabilités, au vu des compétences qu'elle avait démontrées.

- g. T_____ a donné naissance à son enfant le 29 août 2003. Elle est revenue travailler à la mi-janvier 2004.
- h. Dès le 1er janvier 2004, le salaire mensuel brut de base de T_____ a été porté à 9'550 fr. Toutes primes comprises, elle a réalisé, en 2004, un salaire mensuel brut moyen de 11'456 fr. (137'467 fr. : 12; pièce 3 déf.).

Le 9 février 2004, T_____ s'est soumise à un nouvel entretien d'évaluation, au terme duquel C_____, son supérieur hiérarchique, s'estimait très satisfait de la collaboration avec elle et des résultats atteints.

- i. Par avenant du 15 avril 2004 à son contrat de travail, T_____ s'est vue confier la responsabilité additionnelle de correspondante en charge pour la filiale du programme "sales force excellence". Aucune augmentation salariale n'a accompagné cette modification de son cahier des charges.

Dans le cadre de sa nouvelle fonction, elle a organisé et participé à plusieurs réunions internationales.

Par lettre du 28 mai 2004, son employeur lui transmettait les règles régissant l'évolution de son salaire.

- j. Durant les mois de novembre et décembre 2004, T_____ s'est entretenue à plusieurs reprises avec D_____, F_____ et et leur a adressé, ainsi qu'aux ressources humaines, plusieurs courriers électroniques, au sujet de la restructuration de la "sales force excellence", restructuration rendue nécessaire par la fusion des groupes E1_____ et E2_____.

Lors de cet échange de courriers, T_____ a indiqué qu'elle n'était pas en mesure d'accepter le poste qui lui était proposé dans la nouvelle organisation de l'entreprise, au motif notamment que ce poste n'était pas défini en terme de responsabilités, que le rôle qui lui était proposé n'intégrait pas les compétences démontrées et ses très bons résultats obtenus au cours des missions précédentes, et que la proposition ne correspondait pas aux engagements verbaux pris par l'entreprise lors de son entrée en fonction en 2001. Par ailleurs, le poste traduisait une restriction de ses responsabilités (passage du niveau hiérarchique N-2 au niveau N-3) et de ses moyens d'expression, la suppression de son statut de correspondante avec les autres filiales du groupe et de son rôle d'encadrement du personnel, de même que l'absence de prise en considération des avis qu'elle avait formulés.

Par lettre du 17 décembre 2004, la direction générale de E1_____ a annoncé à T_____ ses nouvelles conditions de travail à compter du 1er janvier 2005. Son titre serait celui de « SFE specialist » et ses conditions salariales restaient inchangées.

Par courrier électronique du 6 janvier 2005, T_____ a sollicité un entretien avec la direction des ressources humaines pour clarifier sa situation, dans la mesure où, alors qu'elle avait clairement exprimé son refus quant à la proposition qui lui avait été faite, elle avait reçu un courrier confirmant ses nouvelles conditions pour l'année 2005. Elle sollicitait pour le surplus une aide concernant des propos qui avaient été tenus en son absence et qui l'avaient profondément bouleversée.

- k.** Par courrier électronique du 17 janvier 2005 adressé à T____, D____ lui indiquait qu'en tant que « responsable SFE », il avait besoin de passer en revue tous les projets qu'elle menait et lui fixait un rendez-vous pour le 24 janvier suivant.

Par courrier électronique du lendemain, F____ exposait à T____ qu'il avait besoin de la voir pour discuter de son nouveau cahier des charges et lui fixait un rendez-vous pour le 20 janvier suivant.

- l.** T____ est tombée en incapacité de travail à compter du 24 janvier 2005.
- m.** Par lettre du 28 janvier 2005, F____ et H____ prenaient acte du refus de T____ de la proposition qui lui avait été faite. Ils soulignaient toutefois que les responsabilités principales dans la nouvelle organisation étaient les mêmes. L'employée était pour le surplus invitée à prendre rendez-vous avec le service des ressources humaines pour évaluer son intérêt pour d'autres postes, ou subsidiairement pour l'organisation de son départ de la société.

Le même jour, D____ a demandé à T____ de fournir des documents nécessaires à la finalisation des calculs des primes.

Le 31 janvier 2005, T____ a renvoyé les documents sollicités et fait part aux ressources humaines de son état de santé péjoré par la pression subie pour accepter son nouveau poste. Elle rappelait par ailleurs qu'on lui avait clairement dit auparavant qu'il n'y avait pas d'autres postes pour elle, et signalait que l'idée d'être licenciée lui était lourde à supporter.

Par missive du 11 février 2005 adressée à T____, H____ et F____ ont admis que la position de celle-ci au niveau de l'organisation se situait effectivement au niveau N-3 dans la nouvelle organisation. Ils soulignaient toutefois que la société était passée de cent quarante personnes à deux cent nonante-six dans la nouvelle structure. Il n'y avait qu'un seul poste « SFE » en 2004, alors qu'il y en avait cinq en 2005. Ils précisaient pour le surplus que son rôle d'encadrement n'en était pas tout à fait un, dans la mesure où ses subordonnés étaient une secrétaire assistante à 50% et un stagiaire en contrat de durée déterminée. Ils indiquaient par ailleurs qu'elle conserverait des liens avec le corporate, ainsi qu'avec ses collègues des autres filiales européennes. Ses responsabilités ne devaient pas être diminuées de moitié, étant amenée à gérer un nombre plus important de projets. Ils relevaient au surplus que trente et un postes ouverts pouvaient constituer une alternative. Enfin, s'agissant de l'obtention du poste hiérarchiquement élevé de C____, en dépit de ses excellentes performances, d'autres candidats avaient mieux répondu au profil

désiré que T_____ et aucune promesse ou engagement n'avaient jamais été pris à son égard.

- n.** T_____ a été hospitalisée à la Clinique _____ du 24 février au 16 mars 2005.

Par lettre du 25 février 2005, sous la plume de son conseil, elle a évoqué le harcèlement dont elle estimait avoir été victime, ainsi que la discrimination dans la rémunération et la promotion qu'elle pensait avoir subie, et demandait de n'être dérangée sous aucun prétexte, vu son état de santé.

Le 9 mars 2005, E1_____ (Suisse) SA contestait, par l'intermédiaire de son mandataire, toute atteinte à la personnalité de son employée ainsi que toute discrimination à son égard.

Le 8 avril 2005, T_____ a adressé une courrier au Président-directeur général de E1_____ à Paris, en résumant sa situation au sein de la société et sollicitant son soutien.

Le 13 avril 2005, la direction des ressources humaines à Paris lui a répondu qu'il leur avait été confirmé que son statut faisait actuellement l'objet de discussions avec ses supérieurs, qu'ils déniaient tout reproche qui leur était fait, et que ses tâches et responsabilités après la fusion restaient les mêmes. Il lui était par ailleurs suggéré de faire en sorte que les mandataires respectifs œuvrent au règlement amiable de la situation.

- o.** Par pli du 12 mai 2005, E1_____ a licencié T_____ avec effet au 31 juillet 2005.

T_____ s'est opposée à son congé. Elle a fait notamment valoir qu'elle avait été licenciée alors qu'elle invoquait le principe d'égalité entre hommes et femmes et qu'elle avait été harcelée durant plusieurs mois.

- p.** Le 26 juillet 2005, le Dr I_____, psychiatre et psychothérapeute FMH, agissant en tant que médecin conseil de l'assurance perte de gains de l'employeur, a rendu une expertise psychiatrique concernant T_____. Celui-ci a notamment constaté que sa patiente présentait un état dépressif négatif (mobbing) qui avait mené à un arrêt de travail en décembre 2004. Le traitement médical risquait d'être long en raison de la durée et de l'intensité du harcèlement vécu et de la propre personnalité de la patiente. Une reprise du travail était estimée à deux ou trois mois.

- q.** Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 26 janvier 2006, T_____ a assigné E1_____ en paiement de 418'914 fr. 50, plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 31 juillet 2005. Ladite somme se décompose

comme suit: 320'000 fr. brut à titre de différence de salaire, 68'734 fr. net à titre d'indemnité pour licenciement abusif et discriminatoire, 30'000 fr. net à titre d'indemnité pour tort moral et 180 fr. 50 net à titre de remboursement de frais de déplacement.

Elle sollicitait préalablement de son employeur qu'il produise les attestations de salaire de ses collègues masculins, notamment ceux de F_____, A_____, D_____, et B_____, pour la période du 1^{er} juin 2001 au 31 juillet 2005 ainsi que les curriculum vitae de ces mêmes personnes avec leur date d'entrée en service.

Pour le surplus, elle réclamait de son employeur une indemnité à titre de discrimination directe dans la promotion et dans la formation, dont le montant serait précisé au cours de la procédure ainsi qu'un certificat de travail, selon modèle versé à la procédure et complété par les éléments qu'elle considérait nécessaires. T_____ a notamment fait valoir qu'elle avait été victime de discrimination portant sur la promotion, la rémunération et la résiliation des rapports de travail. Le harcèlement psychologique dont elle avait été victime résultait du fait qu'elle n'avait pas adopté le comportement attendu par la société et avait refusé le poste proposé en violation de la loi sur l'égalité. Enfin, son licenciement était discriminatoire, car résultant directement de son refus d'accepter une discrimination.

Le remboursement des frais de déplacement revêtait un caractère impératif, l'employeur ne pouvant s'y soustraire par accord, contrat-type de travail ou convention collective. Elle sollicitait donc le remboursement intégral de son déplacement à Lugano.

r. E1_____ a conclu au déboutement de T_____.

L'employeur a exposé qu'une discrimination salariale ne pouvait être retenue, dans la mesure où les rémunérations des intéressés étaient similaires, se situant dans une fourchette inférieure à 20%, alors même que leurs formations étaient différentes et que les activités et les tâches d'exécution n'étaient pas similaires. Une discrimination à la promotion ne pouvait davantage être réalisée, dans la mesure où la fusion entre les groupes E1_____ et E2_____ avait entraîné de nécessaires réorganisations des organigrammes au sein de toutes les filiales et de leurs départements. Un nouveau sous-département de marketing ayant été créé, cet élément avait lourdement pesé sur le choix du nouveau directeur qui devait justifier de compétences particulières dans ce domaine. Le caractère discriminatoire de la résiliation des rapports de travail ne devait pas non plus être retenu, dans la mesure où la défenderesse avait souhaité conserver son employée et l'intégrer dans la nouvelle structure consécutive à la fusion, au vu de ses prestations satisfaisantes.

La demanderesse avait toutefois rejeté toutes les propositions qui lui avaient été faites, au motif qu'elle avait vécu la nomination du nouveau responsable du groupe comme un affront. Enfin, la société avait satisfait à ses obligations en remettant un certificat de travail complet, que l'employée avait elle-même jugé élogieux. Pour le surplus, le point particulier que celle-ci souhaitait voir être modifié portait sur une appréciation que l'employeur ne voulait pas intégrer.

- s. Par lettre du 24 avril 2006, E1 _____ SA a informé le Tribunal de ce que sa raison sociale avait été modifiée en E _____ SA. Le Tribunal a donc procédé à la rectification de la qualité de la partie défenderesse.
- t. A l'audience du 18 mai 2006, les parties ont réexposé leur position et E1 _____ a accepté de verser le montant net de 181 fr. à sa partie adverse à titre de remboursement de frais professionnels. Les parties se sont en outre mises d'accord sur le fait de rajouter deux paragraphes au certificat de travail.
- u. A l'audience du 26 juin 2006, T _____ a, notamment, sollicité qu'une expertise soit ordonnée afin de déterminer si elle avait subi une discrimination salariale.

E1 _____ a précisé que dans la nouvelle organisation, le nombre de femmes employées, toutes fonctions confondues, s'élevait à près de 52% dont 40% de cadres, soit à peu près la même proportion que dans l'ancienne organisation. Elle s'est opposée pour le surplus à ce qu'une expertise soit ordonnée.

- v. Il ressort en outre des pièces et enquêtes, en tant qu'elles se rapportent à des points encore litigieux, que:
 - L'activité de T _____, avant la fusion des groupes E1 _____ et E2 _____, consistait notamment à faire appliquer les directives émises par la filiale européenne, tout en proposant des initiatives dans la gestion de sa propre filiale. La stratégie était de la compétence de la direction, le rôle de T _____ se limitant à la mise en place de celle-ci et à la fonction de support (témoins J _____ et K _____). L'activité de l'employée ne comportait pas de marketing, ce domaine étant pris en charge par une autre section (témoins J _____, F _____ et D _____). Son poste n'avait pas d'impact direct sur le chiffre d'affaires de la société (témoins J _____, F _____, D _____).
 - Le poste proposé à T _____ après la fusion était identique à son activité précédente, exception faite de quelques fonctions qui avaient été retirées faute de valeur ajoutée, notamment le suivi des frais et des budgets de la force de vente, qui avait été attribué aux ressources humaines. Les fonctions de « marketing excellence » et « sales force excellence » ont été regroupées et chapeautées par une fonction nou-

vement créée. Un niveau hiérarchique intermédiaire a ainsi été rajouté entre elle et la direction. Un plus grand nombre d'employés étaient en outre rattachés à la "business support". Après la fusion, T_____ a perdu sa collaboratrice, L_____, qui travaillait à mi-temps pour elle. Elle conservait toutefois ses contacts avec le "corporate" et ses collègues des autres filiales européennes. L'ancien stagiaire de T_____ se voyait également attribuer un poste de "sales force spécialiste". En raison de l'ancienneté de celle-ci, les projets les plus importants seraient cependant confiés à elle (témoins F_____, pièces 49 dem.)

A plusieurs reprises, il a été demandé à T_____ de réfléchir à l'opportunité de rester dans l'entreprise, ce qu'elle a refusé (témoin D_____).

- D_____ a terminé ses études de pharmacie, sans pour autant acquérir le diplôme de pharmacien. Il a travaillé dans une pharmacie pendant cinq ans, puis auprès de l'entreprise _____, d'abord à St Gall comme délégué médical, puis à Vienne où il était chargé d'études du marché dans différents domaines et du développement de stratégies de marketing pour la Suisse. Il est devenu Chef de produit, puis, de retour en Suisse, Chef de vente, "business unit manager" et, enfin, "operations manager" (pièce 25 déf.). Durant ces 10 ans d'activité auprès de _____, D_____ a donc été actif tant dans le marketing que dans la vente. En tant que directeur de la "business unit", il avait environ 25 personnes sous ses ordres et était responsable d'environ 40% du chiffre d'affaires. Le travail effectué en tant que "operations manager" était similaire à l'activité exercée par l'appelante. Il consistait en la mise en place de méthodologies et de processus de travail, destinés à soutenir les vendeurs. D_____ a ensuite été engagé comme "sales and marketing director" de _____ SA où il est resté huit mois. Après une période de chômage de près d'une année, qu'il a mise à profit pour suivre une formation en informatique et des études de marché dans les domaines de la formation et des nouvelles technologies, il a travaillé pendant neuf mois comme "business manager" de _____ SA, puis a été engagé en mai 2003 par E1_____ dans le domaine opérationnel, où il a travaillé avec six ou sept autres personnes pour le lancement d'un produit (PV du 5 février 2007, p. 5). Après la fusion, il a dirigé le sous-département "marketing and sales force excellence", puis est devenu directeur du "business support" de la filiale russe de E1_____ (PV d'enquêtes du 7 février 2007, p. 5).
- F_____ a entrepris des études en chimie, acquis le titre de docteur en chimie, puis accompli, en cours d'emploi, des formations en technique de vente et de chef de produit marketing. Son expérience comprend les activités d'assistant à _____ pendant cinq ans, de "key account manager", "product manager" et "business unit manager", exercées successivement auprès de _____ à _____, soit dans le do-

maine pharmaceutique pendant trois ans. Il maîtrise, en sus du français, l'allemand et l'anglais (pièce 24 déf.; PV d'enquêtes du 26 juin 2006). Compte tenu de sa formation et du fait qu'il est notoire que la langue communément utilisée dans le domaine scientifique est l'anglais, la Cour considère que les connaissances d'anglais de F_____ sont bonnes. Son expérience professionnelle de trois ans à _____ a dû lui permettre de parfaire son allemand, s'il ne l'était pas déjà.

Il a été engagé par E1_____ en 2001 comme "product manager", puis promu "team manager", soit une activité de vente et de marketing, consistant en la définition de la stratégie pour la vente des produits. Il avait six personnes sous sa responsabilité. Après la fusion, il a dirigé le département "business support" comprenant plusieurs fonctions, soit la formation des collaborateurs, les études de marché, le "sales force excellence", le "marketing excellence" et une fonction d'informatique commerciale. Il avait pour mission de former des visiteurs médicaux, d'étudier le processus et la performance, d'étudier les processus de marketing, les études de marché et l'informatique commerciale (pièce 35 déf.; PV du 26 juin 2006).

- C. Le Tribunal a préalablement refusé d'entendre le témoin D_____ et d'ordonner une expertise salariale, s'estimant suffisamment renseigné pour statuer. Il a ensuite exposé que les écritures de T_____ ne permettaient pas de savoir si l'indemnité de remplacement de formation de 10'000 fr. faisait partie de l'indemnité de 320'000 fr. réclamée, voire si cette indemnité était celle qu'elle avait annoncé vouloir préciser en cours de procédure. Le chef de conclusions tendant au versement d'une indemnité à titre de discrimination directe dans la formation et la promotion, dont le montant serait précisé en cours de procédure, n'étant pas suffisamment précis, il l'a déclaré irrecevable.

Il a, par ailleurs, considéré qu'aucun élément ne permettait de considérer comme vraisemblable une discrimination salariale entre l'employée et ses collègues masculins, les différences salariales étant objectivement justifiées par des formations, expériences professionnelles, compétences et secteurs d'activité différents. Les mêmes critères avaient justifié la nomination de F_____ au poste de directeur de la "business support". Enfin, les rapports de travail n'avaient pas été résiliés en raison d'une discrimination à l'égard de T_____, mais parce que celle-ci avait refusé d'accepter le poste qui lui était réservé dans la nouvelle structure. Le licenciement ne présentait pas de caractère abusif. Si l'employeur avait sous-estimé la déception que le fait qu'elle ne soit pas nommée au poste convoité a suscitée chez son employée, s'il avait dû être plus attentif à ses revendications et prendre des mesures pour que celle-ci ne soit pas contactée par ses collègues pendant sa période

d'incapacité de travail, il ne saurait lui être reproché d'avoir atteint à la personnalité de celle-ci. Aucune indemnité pour tort moral n'était ainsi due.

- D.** Par acte déposé le 9 novembre 2006, T_____ a appelé de ce jugement rendu le 6 octobre 2006.

Elle en a demandé l'annulation, à l'exception de la condamnation de E1_____ à lui verser 181 fr. nets. Préalablement, elle a sollicité l'audition de trois témoins et la mise en œuvre d'une expertise destinée à dire si elle avait été écartée de la sélection du poste de chef du département "business support" en raison de son sexe, si elle avait subi une discrimination dans sa rémunération et, si tel était le cas, quelle rémunération non discriminatoire elle aurait dû recevoir pour son activité. Principalement, elle a conclu à la condamnation de E1_____ à lui verser la somme brute de 320'000 fr. et les sommes nettes de 68'734 fr., 30'000 fr. et 10'000 fr., portant toutes intérêts à 5% dès le 31 juillet 2005. Elle s'est réservée, par ailleurs, le droit de conclure après expertise sur l'indemnité due pour discrimination dans la promotion et a demandé que E1_____ soit condamnée à lui délivrer le certificat de travail dans le libellé qu'elle proposait.

E1_____ a conclu, préalablement, à l'audition de F_____ et, principalement, au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement entrepris.

- E.** Lors de l'audience, qui s'est tenue le 7 février 2007 devant la Cour d'appel, les parties ont persisté dans leurs conclusions d'appel. E1_____ s'est engagée à remettre à T_____ un certificat de travail, dont le libellé correspondait à celui formulé par elle et qui soit daté de la fin des rapports de travail et signé par M_____ et H_____. E1_____ a par ailleurs renoncé à l'audition de F_____. Les parties ont notamment divergé sur la question de savoir si la prime de fin d'année de T_____ était calculée sur les résultats obtenus par elle ou sur le chiffre d'affaires réalisé par toute la filiale. Alors que l'employée soutenait être responsable de la formation des vendeurs et avoir développé des stratégies à cet égard, l'employeur considérait que le rôle de celle-ci se limitait à passer aux collaborateurs des instructions prédéfinies. Elle avait cependant mis en place un système de primes pour les vendeurs, qui faisait la synthèse des recommandations et choix opérés par le groupe.

Deux témoins ont été entendus, soit L_____, assistante de T_____, et D_____, directeur "business support" de la filiale russe de E1_____. L'employée a renoncé à l'audition de N_____.

- F.** Par arrêt du 7 juin 2007, la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes a rejeté l'appel et confirmé le jugement entrepris. Procédant à une comparaison de la for-

mation, de l'expérience professionnelle, des connaissances linguistiques, du cahier des charges et des fonctions des quatre collègues de sexe masculin auxquels s'était référée l'appelante à ceux de cette dernière, la Cour a retenu qu'il n'y avait aucun indice en faveur d'une discrimination salariale. Elle a, par ailleurs, retenu qu'il n'y avait pas non plus d'indices permettant de considérer comme vraisemblable une discrimination dans la promotion. Il n'était ainsi pas nécessaire de procéder à une expertise salariale et de promotion, et l'appelante devait être déboutée de ses conclusions à cet égard. La Cour a également retenu que les conclusions de l'appelante fondées sur la discrimination à la promotion étaient irrecevables, dès lors qu'elles n'avaient pas été chiffrées. Elle a, pour le surplus, considéré que le congé n'était pas abusif et que l'employeur n'avait pas atteint à la personnalité de son employée lorsqu'il lui avait proposé le nouveau poste.

- G.** Le 16 novembre 2007, le Tribunal fédéral a admis le recours en matière civile formé par T_____ et renvoyé la cause à la Cour d'appel, estimant que celle-ci ne disposait pas des compétences techniques spécifiques pour comparer les activités des quatre employés. Partant, le refus d'ordonner une expertise n'était pas justifié. Une expertise ne paraissait pas non plus d'emblée inutile pour élucider une éventuelle discrimination dans la promotion. Le recours était ainsi admis, sans que les autres griefs soient examinés.
- H.** Par ordonnance du 18 février 2008, la Cour d'appel a fixé aux parties un délai au 14 mars 2008 pour se déterminer sur le choix de l'expert, les questions à lui poser et toutes autres observations qu'elles souhaitaient faire à la suite de l'arrêt du Tribunal fédéral.

Lors de l'audience du 22 avril 2008, les parties se sont mises d'accord sur la personne de l'expert, le prof. O_____.

La Cour a ainsi rendu une ordonnance d'expertise le 7 mai 2008, confiant au prof. O_____ la mission de répondre aux questions des parties que la Cour a jugées pertinentes.

A la demande de l'expert, une audience s'est tenue le 18 septembre 2008 lors de laquelle il a exposé les données individuelles que devait lui transmettre l'employeur ainsi que sa méthode de travail.

- I.** L'expert a rédigé son rapport le 21 février 2009. A la demande de l'employée, il a ensuite procédé à des pointages afin de déterminer si les informations fournies par l'employeur étaient correctes.

Le 22 avril 2009, il a complété son rapport, sur instruction de la Cour, pour répondre également à la question d'une éventuelle discrimination à la promotion, qu'il n'avait pas abordée dans son premier rapport.

L'expert a encore fait parvenir, le 9 juin 2009, les résultats commentés de l'analyse de *probit ordré*, dont il s'était servi dans son rapport du 22 avril 2009.

Dans son rapport, l'expert, a commencé par examiner si l'entreprise pratiquait, de manière générale, une politique salariale qui discriminait systématiquement le personnel féminin. Il a exposé avoir pris en compte l'intégralité de la rémunération des employés, à l'exclusion des primes à bien plaie, dont il ignorait sur quelle base elles étaient accordées. Sa méthode d'analyse était celle utilisée aux Etats-Unis et ayant été à la base de l'ATF 130 III 145. L'expert s'était fondé sur les données transmises par l'employeur. Le pointage opéré le 9 avril 2009 avait permis de constater que celles-ci étaient complètes et correctes. Les critères dont il avait tenu compte dans son analyse étaient le niveau d'éducation, l'expérience professionnelle ainsi que l'ancienneté dans l'entreprise et/ou le groupe. Il a détaillé, de manière abstraite, la valorisation de chacun de ces éléments et expliqué comment ceux-ci étaient intégrés dans l'équation salariale qu'il utilisait et qui se présente sous forme d'un logarithme. Cette méthode avait un pouvoir explicatif élevé des estimations d'équation salariale puisqu'elle permettait d'expliquer 81% des variances observées du salaire brut standardisé. Il a ensuite appliqué ce logarithme aux données concrètes concernant l'employeur et est arrivé à la conclusion que la variable "sexe" n'était pas significativement différente de zéro, ce qui ne permettait pas de conclure à une discrimination salariale systématique.

S'agissant plus spécifiquement de l'appelante, celle-ci était, selon les calculs de l'expert, en droit d'attendre de l'intimée un salaire brut de 9'552 fr. par mois, une marge de +/- 5% étant cependant admissible, le seuil inférieur étant ainsi de 8'746 fr. et le seuil supérieur de 10'432 fr. par mois. Le salaire mensuel brut de l'appelante (11'636 fr.) se situant en-dessus de cette marge, elle n'avait pas subi de discrimination salariale. Il en allait de même, si la salariée avait occupé un poste d'un niveau hiérarchique supérieur.

S'agissant de l'examen de la discrimination dans la promotion, l'expert a exposé qu'il n'y avait pas de jurisprudence confirmant l'utilisation de l'analyse économique. Il avait basé celle-ci sur l'analyse économétrique, connue sous le nom de *probit ordré*. Elle consistait à estimer la probabilité d'accéder à une position hiérarchique donnée en y intégrant les variables susceptibles d'expliquer cette probabilité, tels le niveau d'éducation, l'ancienneté, l'âge et le sexe. La méthode utilisée n'était cependant de loin pas aussi performante que celle obtenue pour l'analyse

des salaires. Cela étant, l'estimation effectuée *in casu* démontrait que le sexe semblait jouer un rôle significatif et important dans la probabilité d'accéder à une position hiérarchique supérieure. Le fait d'être femme semblait donc réduire les chances de promotion au sein de l'intimée. Appliquée à l'appelante, en tenant compte de ses caractéristiques, il apparaissait que ses chances d'accéder à une position de cadre moyen auraient été significativement supérieures si elle avait été un homme. Néanmoins, le salaire que l'appelante aurait été en mesure d'obtenir en tant que cadre moyen était inférieur à celui qu'elle avait réalisé.

- J.** Lors de l'audience du 16 juin 2009, le prof. O_____ a confirmé ses conclusions des 21 février, 22 avril et 9 juin 2009. Il a, par ailleurs, donné des explications quant à la notion d'exponentiel et précisé que son analyse relative à la discrimination à la promotion était une analyse de probabilité et non destinée à déterminer si l'employée aurait pu accéder à un poste spécifique. Cette estimation était très fragile, puisque l'intervalle de confiance allait de 26,44% à 63,17%. Il a également indiqué avoir retenu une formation "de type 3" pour l'employée et que même s'il avait retenu une catégorie "de type 2" ou "de type 1", cela n'aurait pas modifié son analyse. Ce type de catégories était celui utilisé par l'Office fédéral de la statistique. Enfin, l'expert a exposé ne pas avoir inclus dans son examen des salaires les primes à bien plaie. Il ne pouvait cependant exclure que, quand bien celles-ci étaient en général modestes, elles ne seraient pas sans influence sur le résultat de son analyse.

T_____ a sollicité un complément d'expertise sur cette dernière question. Par ailleurs, elle a reformulé ses conclusions demandant, principalement, la constatation qu'il y avait eu discrimination à la promotion, renonçant à ses conclusions relatives à la discrimination salariale, sous réserve du résultat du complément d'expertise. Elle a également conclu à la constatation du licenciement abusif, faisant suite à la discrimination à la promotion. Elle a précisé réclamer à titre d'indemnité pour licenciement abusif le salaire de son collègue F_____ qu'elle estimait non discriminatoire, soit 94'542 fr. avec intérêts à 5% dès le 30 juillet 2005. Elle a également réclamer la différence de salaire entre celui de F_____ (24'000 fr. de frais de véhicule inclus) et le sien pour la période du 1^{er} octobre 2004, date de la fusion, au 31 juillet 2005, date de la fin de ses rapports de travail. Enfin, elle a maintenu ses conclusions en tort moral de 30'000 fr.

E1_____ a maintenu ses conclusions tendant au rejet de l'appel.

Les parties ont ensuite plaidé.

L'employée a, notamment, relevé que même si l'expert ne pouvait déterminer de manière scientifique qu'il y avait eu discrimination dans la promotion, l'on constatait qu'elle aurait pu prétendre au poste attribué à F_____. Or, ce dernier avait moins d'expérience qu'elle dans le domaine du business support. Ses mérites particuliers n'avaient pas été pris en compte.

L'employeur a relevé qu'il avait transmis toutes les données à l'expert, y compris le montant des primes à bien plaie. Il s'en rapportait quant à l'opportunité d'un complément d'expertise. Par ailleurs, la fiabilité des résultats de l'expertise était très faible. Il n'y avait concrètement aucun élément permettant de retenir que l'employée avait été discriminée dans la promotion par rapport à son collègue F_____, qui présentait des compétences supérieures, notamment dans le domaine opérationnel. Enfin, quand bien même l'on admettait l'existence d'une discrimination dans la promotion, il convenait de déclarer les conclusions de l'employée y relatives irrecevables, car elle ne les avait pas chiffrées dans son acte d'appel.

- K.** La Cour d'appel a décidé de donner suite à la demande de complément d'expertise visant à clarifier si l'intégration des primes à bien plaie modifiait les conclusions de l'expert. Le prof. O_____ a indiqué, par courrier circonstancié du 29 juin 2009, que tel n'était pas le cas.

Ce complément d'expertise a été adressé aux parties, qui ont, par courrier du 15 juillet 2009, respectivement du 12 août 2009, renoncé à la réaudition de l'expert et se sont dites d'accord que la cause soit gardée à juger.

Les arguments des parties seront examinés ci-après dans la mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

1. La recevabilité de l'appel a déjà été admise dans l'arrêt du 7 juin 2007.
2. **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-

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 procédure civile genevoise, n. 2 et 3 ad art. 319 LPC).

- 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 compléter après expertise, sont recevables.

Dans la mesure où l'appelante a pris des conclusions condamnatoires, ses conclusions 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.

- 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 aussi que cette discrimination a rendu son licenciement abusif, sollicitant, à cet égard,

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 discrimination dans la promotion et, le cas échéant, si elle a subi de ce fait un préjudice salarial, comme elle le soutient.

- 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 justification (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).
- 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.

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.

- 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).

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).

4.2 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

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 paraissaient 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.

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-

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 consid. 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).

- 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

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.

- 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 3^e 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.

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.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, Groupe 1,

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par T_____ contre le jugement rendu le 6 octobre 2006 par le Tribunal de la juridiction des prud'hommes dans la cause C/2379/2006-1.

Au fond :

Annule ce jugement, sauf en tant qu'il donne acte à E_____ SA de son engagement à verser le montant net de 181 fr. à T_____.

Statuant à nouveau:

Condamne E_____ SA à verser à T_____ la somme nette de 38'200 fr. avec intérêts à 5% dès le 31 juillet 2005.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

La présidente