



E _____ SA
Dom. élu : Me Bernard KATZ
Avenue C.F. Ramuz 60
Case postale 234
1001 Lausanne

T _____
Dom. élu : Me David LACHAT
Rue du Rhône 100
Case postale 3403
1211 Genève 3

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 7 février 2006

M. Guy STANISLAS, président

Mme Christiane RICHARD et M. Denis MATHIEU, juges employeurs

MM. Gianfranco MAGNIN et Richard JEANMONOD, juges salariés

M. Guillaume ETIER, greffier d'audience

EN FAIT

- A. Par jugement du 19 janvier 2004, le Tribunal des prud'hommes a condamné E_____SA (ci-après : « E_____SA ») à payer à T_____ la somme brute de 35'898.10 fr., avec intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} février 2001, à titre de différence de salaire en vertu du principe de l'égalité des salaires entre femmes et hommes. Dans le même jugement, le Tribunal a condamné E_____SA à payer à T_____ la somme nette de 27'000 fr., avec intérêts à 5 % dès le 1^{er} janvier 2001, à titre d'indemnité pour licenciement abusif discriminatoire.
- B. En substance, le Tribunal a retenu que les conditions de rémunération de T_____ au sein de E_____SA procédaient d'une discrimination salariale en raison du sexe, prohibée notamment par l'art. 3 de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 2005 (LEg). Sur la base des témoignages recueillis dans la procédure, le Tribunal des prud'hommes a retenu que cette différence avait été rendue vraisemblable au sens de l'art. 6 LEg et que l'employeur n'avait pas apporté la preuve de l'existence de critères objectifs justifiant cette différence salariale. Le Tribunal a dès lors accueilli la prétention à la différence de salaire sur la base de l'art. 5 al. 1 let. d LEg, l'indemnité pour licenciement abusif discriminatoire étant admise en application de l'art. 5 al. 2 LEg.
- C. A l'encontre de ce jugement notifié aux parties le 1^{er} mars 2004, E_____SA interjette appel par acte expédié le 31 mars 2004. A l'appui de cet appel, E_____SA fait grief aux premiers juges d'avoir mal apprécié le domaine d'activité d'T_____ qui ne pouvait être comparé à celui d'autres employés masculins retenus par le Tribunal pour fonder la discrimination. L'employeur a indiqué que la différence de traitement reposait sur des facteurs objectifs tels la formation, la qualification, l'expérience et le domaine concret d'activité. E_____SA sollicite la mise en œuvre d'une expertise ayant pour but de déterminer si le travail effectué par T_____ pour le compte de

l'entreprise était de valeur égale à celui effectué par deux autres employés masculins pris à titre de comparaison en matière salariale.

Par mémoire de réponse du 7 juin 2004, T_____ a conclu à la confirmation du jugement entrepris.

D. Les faits pertinents du litige peuvent être exposés comme suit :

1. E_____SA est une société de placement de personnel auprès des entreprises. Ayant son siège dans le canton de Vaud, elle dispose de plusieurs succursales en Suisse romande, dont une à Genève.
2. Le 12 octobre 1998, T_____ a été engagée par E_____SA en qualité de conseillère en personnel auprès de la succursale de Genève.
3. T_____ est titulaire d'un BEPC (Brevet d'Etudes du Premier Cycle) délivré par l'Académie_____ (France) et d'un CAP (Certificat d'Aptitude Professionnelle) d'employée de bureau délivré par la même académie. Avant son engagement par E_____SA, elle avait travaillé pendant deux années au service administratif d'une agence de placement et pendant quelques mois en qualité de collaboratrice commerciale dans une autre agence.
4. Lors de son engagement, T_____ s'est vue remettre un cahier des charges de « Responsable de secteur – Conseiller (ère) en personnel ». Les tâches du collaborateur prévoyaient le recrutement et la sélection des employés temporaires et fixes, l'exécution des commandes des clients, les relations avec les entreprises, clients existants et potentiels, les relations avec les collaborateurs temporaires en mission et les candidats fixes ainsi que l'animation et l'intégration du secteur concerné au sein de la société. E_____SA a indiqué que le cahier des charges constituait un document standard, identique pour tous les collaborateurs de l'entreprise, qui ne reflétait pas l'activité réelle des collaborateurs.

5. La succursale de Genève était structurée en deux départements principaux, soit le département « Bâtiment et Métiers Techniques (BMT) » et le département « Commercial (BCA) ». Le responsable de l'agence, A_____, supervisait ces deux départements. Le département BMT était lui-même divisé en trois secteurs, soit le secteur « gros œuvre » animé par B_____, le secteur « second œuvre » animé par T_____ et le secteur « Industrie » animé par C_____ jusqu'à son affectation comme responsable du département commercial. En juillet 2000, les activités du secteur « second œuvre » furent ventilées en deux zones d'activité, l'une continuant à être animée par T_____, l'autre étant animée par D_____ engagé à cet effet.

Le département Commercial (BCA) était dirigé par C_____. Pour animer ce département, l'entreprise a engagé, en mai 1999, F_____ qui travaillait sous la responsabilité de C_____. Au départ de F_____ à la fin avril 2000, l'entreprise a engagé G_____ et H_____ pour continuer à animer le département commercial.

6. Tous les employés, conseillers en personnel, percevaient une rémunération mensuelle payable treize fois l'an. T_____ a été engagée en octobre 1998 sur la base d'un salaire mensuel de 4'000 fr., augmenté à 4'200 fr. en 1999, 4'300 fr. en 2000 et 4'500 fr. en 2001. Les rémunérations des autres employés de la succursale se définissaient comme suit :

- (i) B_____ a été engagé en février 1997 avec un salaire mensuel de 4'700 fr., augmenté à 5'200 fr. en juillet 1997 lorsque la responsabilité du secteur « gros œuvre » lui fut octroyée ; son salaire a ensuite augmenté à 5'500 fr. en 1998, 5'800 fr. en 1999 et 6'600 fr. en 2000 lorsqu'il a été promu co-responsable de la succursale.

- (ii) C_____ a été engagé en septembre 1997 au salaire mensuel de 5'000 fr., augmenté à 5'200 fr. en 1998, 5'500 fr. en 1999 et 6'000 fr. en 2000. Son salaire a été porté à 6'150 fr. en 2001 lorsqu'il a été nommé co-responsable de la succursale.
 - (iii) F_____ a été engagé en mai 1999 au salaire mensuel de 5'400 fr. qu'il a conservé jusqu'à son départ de la société à la fin avril 2000.
 - (iv) D_____ a été engagé en juillet 2000 au salaire mensuel de 4'700 fr., augmenté à 4'900 fr. le 1^{er} novembre 2000 et à 5'200 fr. le 1^{er} juillet 2001.
 - (v) G_____ a été engagé en juillet 2000 au salaire mensuel de 3'500 fr., augmenté à 3'700 fr. le 1^{er} novembre 2000 et à 4'100 fr. le 1^{er} janvier 2001.
 - (vi) H_____ a été engagée en septembre 2000 au salaire de 4'400 fr. porté à 4'600 fr. au 1^{er} juillet 2001.
7. A partir du printemps 2000, T_____ s'est plainte de ses conditions salariales en invoquant notamment la différence de traitement par rapport à ses collègues. Elle s'est également plainte d'actes de mobbing de la part de sa hiérarchie. Les réclamations de l'employée ont été réitérées au début de l'année 2001 et l'employée fut licenciée à l'issue d'un entretien du 30 janvier 2001 pour le 31 mars 2001. Lors de cet entretien qui réunissait pour la société I_____, B_____ et J_____, il fut demandé à T_____ le montant du salaire mensuel qu'elle souhaitait gagner ; l'employée a répondu qu'elle souhaitait une égalité avec le salaire de F_____, soit un salaire mensuel brut de 5'400 fr. Pendant la discussion, l'éventualité d'un départ d'T_____ de l'entreprise a été évoqué et, suite au refus de l'employée d'accepter l'augmentation de salaire proposée de 300 fr., une lettre de licenciement, préparée avant l'entretien, lui a été remise en

mains propres. Le terme des rapports de travail a été fixé au 31 mars 2001 mais T_____ a été libérée de son obligation de travailler.

8. Par courrier du 31 janvier 2001, T_____ a fait opposition au congé ainsi notifié invoquant son caractère abusif au sens de l'art. 336 CO et de la loi sur l'égalité. Elle a demandé sa réintégration immédiate à son poste de travail aux mêmes conditions salariales que ses collègues, à savoir un salaire mensuel brut de 5'800 fr. Par courrier du 2 février 2001 de son syndicat, T_____ a réitéré ses prétentions.
 9. Par courrier du 25 février 2001 adressé au syndicat, E_____SA a observé que le licenciement de l'employée était la conséquence de son comportement dans l'entreprise qui causait un grave préjudice au travail d'équipe et engendrait des tensions insupportables avec les autres collaborateurs. L'employeur a relevé qu'T_____ ne s'était pas présentée à son travail le 29 janvier 2001 au motif que l'augmentation de salaire qui lui avait été proposée était insuffisante ; dans ces conditions, la relation de confiance était rompue et le congé avait donc été notifié. Une réintégration de l'employée était ainsi exclue.
 10. Il découle de la procédure que, durant l'engagement d'T_____ au service d'E_____SA, il y eut parfois des périodes de tension, l'employée étant une personne de caractère et de volonté. Le fait de placer une femme comme conseiller en placement du personnel dans le secteur du bâtiment a pu suspendre certains clients. Suite à des énervements d'T_____, quelques problèmes relationnels ont pu, par manque de diplomatie, parfois exister avec certains clients, sans conséquence toutefois. Aucune remarque écrite n'a jamais été émise envers T_____ et les responsables de l'entreprise n'ont jamais entendu de reproche émis envers l'employé.
- E. Par demande du 31 mars 2001, T_____ a assigné E_____SA en constatation de la discrimination salariale et du caractère abusif du licenciement et a conclu à l'annulation de la procédure de licenciement. Elle a, par la suite, fait valoir une prétention au montant de 50'113 fr. à

titre de différence salariale et 35'160 fr. à titre d'indemnité pour licenciement abusif discriminatoire.

- F. E_____SA s'est opposée à la demande faisant essentiellement valoir des critères objectifs qui justifiaient la disparité des rémunérations des divers conseillers en placement. L'employeur a notamment produit à la procédure un « tableau de comparaison de données objectives » concernant les activités de T_____ et F_____ dont les conditions de rémunération étaient invoquées par T_____ pour justifier sa réclamation. L'employeur a également produit des fiches de données personnelles concernant les collaborateurs de la succursale genevoise mentionnant notamment leur formation, les titres obtenus, les connaissances linguistiques, l'expérience, les salaires lors de l'engagement, la rémunération dans la société et le niveau des recrutements effectués.
- G. Le Tribunal des prud'hommes a procédé à l'audition de plusieurs témoins aux audiences des 31 octobre 2001 et 13 mars 2002 (F_____, A_____, D_____, B_____, J_____ et K_____, secrétaire-réceptionniste-téléphoniste auprès de l'entreprise). A_____, F_____ et K_____ ont relevé que les niveaux du salaire d'T_____ leur paraissaient inférieurs à ce qu'elle pouvait prétendre compte tenu de son activité pour E_____SA . F_____ a remarqué qu'T_____ était plus performante que lui dans ses démarches de prospections commerciales et que, sur le plan des résultats obtenus, la différence de salaire avec le sien n'était pas justifiée. Pour A_____, ancien responsable de l'agence, T_____ aurait dû gagner un salaire mensuel entre 5'000 fr. et 6'000 fr. K_____ a été choquée lorsqu'elle a appris le montant du salaire d'T_____ qui lui a paru trop bas compte tenu de son expérience professionnelle. D_____ a fait état de la différence salariale entre sa rémunération et celle d'T_____ tout en relevant que le salaire de cette dernière ne le regardait pas. B_____, supérieur hiérarchique de l'employée, a notamment invoqué les

problèmes rencontrés avec T_____ dont la qualité du travail ne lui paraissait pas satisfaisante en rappelant que le motif du licenciement était le manque de résultat et de motivation de l'employée.

J_____ a indiqué que la cause du licenciement de l'employée résidait dans le salaire ayant également rappelé que, pour une personne travaillant dans le bâtiment, le salaire se situe entre 4'700 fr. et 4'800 fr.

- H.** En procédure d'appel, E_____SA a confirmé que le domaine concret d'activité de T_____ était différent de celui des employés masculins pris à titre de comparaison. L'appelante a également justifié la différence salariale par des formations différentes entre les employés concernés ainsi que par la connaissance de langues étrangères. E_____SA a réitéré la mise en œuvre d'une expertise à laquelle s'est opposée T_____.
- I.** Par ordonnance préparatoire du 1^{er} décembre 2004, la Cour d'appel a ordonné une expertise destinée à évaluer le travail et la rémunération d'T_____ et celles des autres employés masculins dans l'entreprise E_____SA et a désigné en qualité d'expert, K_____, maître d'enseignement et de recherche à l'Université de L_____, 9, route de _____. La Cour d'appel a retenu que, en matière d'égalité des salaires entre hommes et femmes, le Tribunal fédéral posait des exigences élevées en particulier quant à la constatation des faits, à la procédure probatoire et au devoir d'examen du juge et à la complétude du dossier. La Cour d'appel a ainsi rappelé que si l'équivalence entre les fonctions dans une entreprise n'est pas patente ou si elle n'est pas établie autrement, c'est à l'expert qu'il revient de dire si lesdites fonctions peuvent se comparer les unes aux autres et de déterminer les critères qui entrent alors en ligne de compte.

Au regard des motifs invoqués par l'appelante au rang des critères objectifs justifiant la différence salariale des conseillers en placement de la succursale genevoise, la Cour d'appel a considéré qu'elle devait

recourir aux services d'un spécialiste en valeurs comparatives pour déterminer l'influence de ces critères sur la disparité des salaires.

La Cour d'appel a assigné à l'expert la mission de rédiger un rapport décrivant et analysant les travaux communs confiés à T_____ et autres hommes de l'entreprise E_____SA , ainsi que les travaux différents confiés aux mêmes personnes, de manière à indiquer si les travaux effectués par ces employés sont globalement de valeurs égales et, dans la négative, si les différences justifient les divergences salariales pratiquées par l'entreprise E_____SA ; enfin, si ces différences ne sont pas justifiées, l'expert était invité à indiquer la différence salariale le cas échéant justifiée.

La Cour d'appel a arrêté provisoirement les frais d'expertise à 2'500 fr. qui ont été acquittés par E_____SA .

- J.** Le rapport d'expertise a été déposé au greffe de la juridiction des prud'hommes le 18 mai 2005. L'expert relève qu'il n'a pas souhaité recourir à la méthode d'analyse du marché de référence qui n'aurait pas été adéquate compte tenu du secteur concerné (agence de travail temporaire) et a donc effectué l'évaluation du contenu du travail sur la base d'entretiens avec les différents protagonistes, à l'exclusion de F_____ qui n'a pu être atteint. S'agissant des éléments de comparaison du travail, l'expert a retenu que : (i) la nature des tâches et les responsabilités prescrites par le cahier des charges étaient identiques pour les conseillers en placement, (ii) la clientèle des conseillers en placement dans les divers secteurs d'activité était comparable, (iii) les outils de travail des conseillers en placement étaient identiques dans tous les secteurs d'activité et (iv) le contenu du travail des conseillers en placement était dépendant du marché de l'emploi de manière conjoncturelle. L'expert a ainsi conclu que les emplois des différents conseillers en placement visés dans son rapport d'expertise étaient comparables.

S'agissant de l'analyse de la valeur du travail, l'expert a retenu, sur le plan des exigences du poste de conseiller, que les exigences auxquelles étaient soumis les conseillers, étaient équivalentes, relevant même que les « *préjudices* » du travail concernaient davantage T_____ que les autres conseillers en placement de l'entreprise. Sur le contenu des tâches réalisées, procédant à l'analyse des travaux réalisés par les conseillers, l'expert a conclu que les prestations fournies par les différents conseils de l'entreprise étaient de valeur égale.

S'agissant du salaire, l'expert a pris en compte, au regard de l'ensemble des salaires des conseillers chez E_____SA , un salaire moyen à l'embauche de 4'500 fr. qu'il a pondéré par une augmentation moyenne de 37.41 fr. par mois. L'expert a retenu une hétérogénéité des augmentations salariales, s'étonnant des augmentations rapides données aux autres salariés alors qu'T_____ n'avait bénéficié que d'une maigre augmentation en dépit de sa fidélité.

Procédant à la comparaison des salaires entre les conseillers, l'expert a retenu un écart de salaire de 11.27 % inférieur pour T_____ par rapport aux hommes conseillers. Sur la base d'un salaire à l'embauche de 4'500 fr. et d'une augmentation mensuelle de 37.41 fr., l'expert a retenu qu'T_____ aurait dû percevoir une somme totale de 151'223.35 fr. depuis son engagement jusqu'à la fin des rapports de service, soit une période de 30 mois, et a ainsi arrêté à 23'733.35 fr. la différence de salaire constituant le « *manque à gagner* » de l'employée. L'expert a également suggéré de rajouter à la somme précitée, compte tenu de l'ancienneté et des performances de l'employée, une prime de 1'300 fr., fixant ainsi la différence salariale à 25'033.35 fr., arrêtée à 25'000 fr.

- K.** L'expert a confirmé son rapport d'expertise devant la Cour d'appel. L'expert a indiqué ne pas avoir pris en compte la situation de B_____ au motif que ce dernier avait des fonctions à responsabilité de telle sorte que la comparaison ne s'avérait pas adéquate. S'agissant des outils mis à disposition de l'employée, l'expert a rappelé

qu'il fallait non seulement tenir compte de la mise à disposition des outils mais également de leur utilisation et qu'il lui était difficile de se prononcer sur cette utilisation. S'agissant des types de travaux réalisés, l'expert a rappelé qu'il n'entrait pas dans sa mission d'évaluer de manière comparative la performance des salariés mais que le tableau indiqué dans son rapport reflétait le type de travaux réalisés par certains employés à titre de comparaison, les autres employés n'ayant pu être intégrés dans ce tableau comparatif, compte tenu du fait que le secteur avait par la suite été scindé en plusieurs sous-secteurs.

- L. La Cour d'appel a invité les parties à produire des écritures sur expertise. Par conclusions du 9 septembre 2005, E_____SA a contesté le rapport d'expertise, tant dans sa méthode que dans son analyse. L'appelante a contesté les conclusions de l'expert tendant à considérer que le travail des différents conseillers était de valeur égale. Elle a rappelé qu'T_____ était uniquement chargée de maintenir un secteur préalablement développé par A_____, bénéficiant d'une liste de clients déjà acquis par l'entreprise, alors que d'autres conseillers, tels F_____, avaient été engagés pour développer un secteur inexistant. L'appelante indique également que l'expert se méprend lorsqu'il considère que les clientèles des conseillers dans les différents secteurs sont comparables dès lors qu'il n'est pas raisonnable de comparer le secteur tertiaire avec le secteur du bâtiment. L'appelante conteste également le rapport d'expertise en tant qu'il a admis l'existence d'outils de travail identiques dans tous les secteurs en rappelant que l'utilisation de ces outils, sur laquelle l'expert n'a pas souhaité se prononcer, était un critère déterminant. Au surplus, l'appelante invoque des motifs objectifs tels la formation, la qualification, l'expérience, le domaine concret d'activité et la position dans la négociation pour justifier la différence salariale entre rémunération d'T_____ et celles des autres collaborateurs d'entreprise. L'appelante conclut ainsi à la réformation du jugement entrepris et au déboutement d'T_____ des conclusions prises à son encontre.

Par conclusions du 12 septembre 2005, T_____ a sollicité la confirmation du jugement du Tribunal des prud'hommes du 19 janvier 2004. L'intimée invoque une discrimination salariale justifiant le bien-fondé de ses prétentions. L'intimée conteste également le bien-fondé du rapport d'expertise notamment en tant qu'il a intégré dans le calcul des salaires et l'évolution salariale le salaire d'T_____ qui était discriminatoire et qu'il n'a pas pris en considération la rémunération de B_____ ainsi que le treizième salaire versé aux employés.

- M.** L'expert a établi à l'attention de la juridiction prud'homale une facture au montant de 7'500 fr. pour la rémunération de son activité.

EN DROIT

1. Interjeté dans le délai et la forme prescrits par la loi, l'appel de E_____SA est recevable (art. 59 LJP).

2. a) Le problème soumis à la Cour d'appel se réfère à l'application de la LEg. En matière d'égalité des salaires entre femmes et hommes, le Tribunal fédéral a posé des exigences particulièrement élevées quant à la constatation des faits, à la procédure probatoire et au devoir d'examen du juge et à la complétude du dossier (ATF 118 Ia 35 consid. b ; 117 Ia 262 consid. 4 ; 126 III 395 consid. 1a et les arrêts cités ; 130 III 145 consid. 3.1.2.). Ainsi, dans un recours en réforme, le Tribunal fédéral vérifie librement si les critères, en vertu desquels l'employeur apprécie les prestations de travail et détermine les salaires, sont constitutifs d'une discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe. Il peut également contrôler si l'autorité cantonale a respecté les exigences spécifiques découlant du droit fédéral concernant la constatation des faits ainsi que les dispositions fédérales en matière de preuve, singulièrement celles prévues par les art. 6 et 12 LEg (ATF 127 III 204 consid. 3c in fine ; 125

III 368 consid. 3 ; 130 III 145 consid. 3.1.2). Il appartient donc à l'autorité cantonale de respecter ces exigences.

- b) Le principe de l'égalité salariale entre l'homme et la femme, garanti par l'art. 8 al. 3 Cst., repose sur la notion de travail de valeur égale. Si l'équivalence entre les fonctions dans une entreprise n'est pas patente ou si elle n'est pas établie autrement, c'est à l'expert qu'il revient de dire si lesdites fonctions peuvent se comparer les unes aux autres et de déterminer les critères qui entrent alors en ligne de compte (arrêt du Tribunal fédéral du 5 octobre 1999 dans la cause 1A.34/1999 publié *in* Pra 89/2000 n° 57 p. 333 ; ATF 130 III 145 consid. 3.1.2). L'expert doit aussi définir les caractéristiques propres à des activités prises isolément et comparées entre elles (ATF 125 III 368 consid. 5c ; Margrith Bigler-Eggenberger, Et si la justice ôtait son bandeau ?, La jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'égalité entre femmes et hommes, n° 651 et 652 p. 339/340).
- c) Considérant que la solution du litige impliquait une évaluation comparative de la valeur du travail effectué par T_____ et celle de ses collègues masculins, la Cour d'appel a jugé que cette évaluation nécessitait la mise en œuvre d'un spécialiste des techniques d'évaluation comparative de la valeur du travail. Par ordonnance préparatoire du 1^{er} décembre 2004, elle a ainsi confié une mission d'expertise à K_____, maître d'enseignement à l'Université L_____ et désignée par le Bureau Fédéral de l'Egalité comme expert de domaine des méthodes d'analyse et de la valeur du travail.

L'expert a rendu son rapport les 18 et 23 mai 2005.

3. Aux termes de l'art. 6 L'Eg, l'existence d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable. Pour qu'il y ait vraisemblance, le juge n'a pas à être entièrement convaincu ; il suffit qu'il lui apparaisse une certaine probabilité de discrimination salariale, même s'il envisage que cette

discrimination pourrait finalement ne pas exister (ATF 125 III 368 consid. 4). L'application de l'art. 6 LEg implique que le juge se détermine d'abord sur la vraisemblance alléguée, ce qui doit figurer dans sa décision. Dans la mesure où le juge considère que la discrimination est prouvée, ou qu'elle est plus vraisemblable que la non discrimination, ou qu'elle est plutôt invraisemblable mais pas exclue, il doit examiner si la partie adverse a rapporté la preuve de l'inexistence d'une discrimination ou la preuve de la justification objective de celle-ci ; si, en revanche, le juge considère que la discrimination est entièrement douteuse ou qu'elle a simplement été alléguée, il doit débouter la travailleuse des conclusions y relatives (arrêt du Tribunal fédéral du 4 juillet dans la cause 4C.463/1999 consid. 2a). En règle générale, une discrimination salariale est considérée comme vraisemblable lorsque le salaire d'un représentant d'un sexe est, pour un travail identique ou de valeur égale, nettement inférieur à celui des représentants de l'autre sexe. Pour décider si un salaire déterminé ou si la différence entre les salaires est discriminatoire, il faut, d'une part, tenir compte de questions relevant du fait telles le montant du salaire ou le montant de la différence entre les salaires ainsi que l'existence de circonstances alléguées, telles la formation professionnelle, l'âge, etc. ; il faut déterminer, d'autre part, si les critères d'appréciation et de différenciation sont admissibles. Pour qu'une différence de traitement soit justifiée objectivement, il ne suffit pas que l'employeur invoque n'importe quel motif, il doit démontrer qu'il poursuit un but objectif. Il importe au juge d'apprécier les faits afin de déterminer la portée exacte du critère avancé par l'employeur pour justifier une différence de traitement (Monique Cossali-Sauvin, La loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes *in* Journée 1995 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1999, p. 57ss, 64).

La jurisprudence considère comme non discriminatoires les différences de salaire qui reposent sur des motifs objectifs. Parmi ceux-ci figurent d'abord les motifs qui peuvent influencer la valeur même du travail, comme la formation, l'ancienneté, la qualification, l'expérience, le domaine concret d'activité, les prestations et les risques encourus (ATF 125 III 368 consid. 5 p. 373 ; 124 II 409 consid. 9c p. 428). En outre, des

différences de salaire peuvent se justifier pour des motifs qui ne se rapportent pas immédiatement à l'activité de la travailleuse ou du travailleur mais qui découlent de préoccupations sociales, comme les charges familiales ou l'âge (ATF 125 III 368 consid. 5 p. 373 ; 118 Ia 35 consid. 2c p. 37ss ; 117 Ia 270 consid. 4ap. 276). En règle générale, des motifs objectifs ne peuvent légitimer une différence de rémunération que s'ils jouent un rôle véritablement important en regard de la prestation de travail et s'ils influent par conséquent sur les salaires versés par le même employeur (ATF 125 III 338 consid. 5 p. 374). Aussitôt qu'une différence de traitement est rendue vraisemblable et que l'employeur la justifie par un critère ou un autre, il lui incombe d'établir quel rôle ce critère joue pour l'exercice de l'activité en cause, la valeur qu'il lui attribue et les raisons pour lesquelles il le privilégie par rapport à un autre (arrêt du Tribunal fédéral dans la cause 4c/432/1999 consid. 5a). Lorsque le cahier des charges est le même ou qu'il est identique pour les travailleurs d'une société, indépendamment de leur sexe, de meilleures prestations qualitatives ou quantitatives peuvent justifier une différence de salaire à condition qu'elles soient établies (ATF 125 III 338 consid. 5b p. 375).

4. Le Tribunal des prud'hommes a retenu la vraisemblance de la discrimination salariale notamment sur la base des témoignages recueillis dans la procédure. Cette constatation doit être approuvée. T_____ exerçait une activité de conseiller en personnel et, du moins jusqu'en juillet 2000, elle avait la responsabilité du secteur du second œuvre. Son salaire mensuel brut était de 4'000.- à son engagement en octobre 1998, pour être porté par la suite à 4'200 fr. dès 1999, 4'300 fr. dès 2000 et 4'500 fr. dès 2001. Il a ainsi progressé par paliers de 500 fr. en 26 mois d'activité.

Les salaires de ses collègues masculins étaient nettement supérieurs au sien puisque F_____ a été engagé en mai 1999 avec un salaire de 5'400 fr., B_____ a été engagé en février 1997, alors qu'il n'était que conseiller en personnel pour le gros œuvre, avec un

salaires de 4'700 fr., augmenté quelques mois plus tard à 5'200 fr. et D_____, rattaché au même secteur qu'T_____, a été engagé en juillet 2000 avec un salaire de 4'700 fr., porté à 4'900 fr. quelques mois plus tard et à 5'200 fr. une année après son engagement. Ces différences salariales étant notables, y compris sur le plan des écarts de temps entre les paliers des hausses de salaire successives, de même qu'au regard des salaires initiaux, le Tribunal des prud'hommes a déduit que la discrimination salariale invoquée par l'employée était vraisemblable. Les témoignages du personnel masculin recueillis dans la procédure démontrent d'ailleurs que ces derniers s'étaient étonnés de la faiblesse de la rémunération de leur collègue féminine qui exerçait pour autant des tâches comparables aux leurs. C'est à juste titre que le Tribunal a ainsi retenu la vraisemblance d'une discrimination salariale.

- b) La discrimination salariale, rendue vraisemblable par la disparité des salaires versés, a été confirmée par l'expertise sollicitée par la Cour d'appel qui s'est attachée à la valeur comparative des activités des employés d'E____SA . L'expert a ainsi indiqué que les fonctions exercées par T_____ et les conseillers en personnel masculins auprès d'E____SA étaient comparables dès lors que (i) la nature des tâches et responsabilités prescrites dans le cahier des charges était identique, (ii) la seule exigence formelle pour le poste occupé était l'expérience professionnelle dans le domaine concerné, (iii) les clientèles des conseillers étaient comparables bien que le secteur d'activité soit différent et (iv) les outils de travail des conseillers étaient identiques dans tous les secteurs. En outre, une analyse du profil des postes, des exigences requises et des prestations fournies par T_____ et les conseillers masculins a permis à l'expert de confirmer que les travaux fournis par les employés masculins et féminins de E____SA étaient de valeur égale.
5. Il convient dès lors d'examiner si l'on peut retenir du dossier qu'E____SA a rapporté la contre-preuve imposée par l'art. 6 Leg et démontré que la disparité salariale répondait à des motifs objectifs

pouvant justifier une différence de traitement. Ces motifs objectifs doivent jouer un rôle véritablement important au regard de la prestation de travail et influencer par conséquent sur les salaires versés par le même employeur. Au rang des critères objectifs, l'appelante invoque le cas particulier de F_____, pris à titre de comparaison, en mettant l'accent sur la formation supérieure de ce dernier, son expérience professionnelle de plusieurs années dans la branche, sa maîtrise des outils informatiques ainsi que son activité liée au développement du secteur tertiaire.

- (i) La formation requise n'a pas été prise en compte par le Tribunal des prud'hommes en dépit de la différence notable du niveau de formation entre T_____ et son collègue F_____. Du propre aveu de ce dernier, sa formation universitaire, de même que ses connaissances de langues étrangères n'ont pas été d'une quelconque utilité pour l'accomplissement de ses tâches. Cette analyse a été corroborée par l'expert qui a considéré que la formation universitaire et les connaissances linguistiques n'étaient pas indispensables à l'exécution des tâches requises et n'étaient pas propres à justifier une différence de salaire, ce d'autant plus que F_____ s'est déclaré professionnellement moins performant que sa collègue féminine.

- (ii) L'expérience professionnelle ne peut également être invoquée pour justifier une telle différence salariale. L'expert a retenu qu'E_____ SA engageait des personnes bénéficiant généralement d'une expérience et qu'T_____ remplissait ce critère puisqu'elle avait travaillé plusieurs années dans le domaine concerné. La Cour d'appel relève d'ailleurs que l'expérience et la qualification ne peuvent être retenues pour justifier une disparité salariale puisque D_____, sans expérience préalable dans la branche, a été engagé à un salaire supérieur à celui perçu par T_____ et s'est vu, quelques mois après son engagement, gratifier d'une importante augmentation de salaire.

- (iii) Les débats et l'expertise ont également démontré que les connaissances en informatique n'étaient pas indispensables pour l'exécution des tâches

et ne pouvaient justifier une différence salariale entre personnel masculin et féminin, dès lors que l'entreprise n'était à l'époque pas informatisée.

(iv) S'agissant de la responsabilité incombant aux différents employés, les débats ont démontré que, jusqu'à l'engagement de D_____, T_____ était la seule à s'occuper du secteur du second œuvre et sa responsabilité était dès lors comparable à celle de F_____ qui travaillait dans un autre secteur et qui était subordonné à B_____. T_____ et son collègue F_____ avaient tous deux pour mission de développer leur secteur respectif sur la base d'un cahier des charges identique. Même si le secteur occupé par F_____ était peu développé, celui dont s'occupait T_____ était relativement de petite taille au départ et a fait l'objet d'un accroissement par la suite.

(v) Les critiques apportées à l'appelante à l'expertise ne sont pas convaincantes. L'expert a retenu que, selon le cahier des charges et l'activité déployée, les tâches à accomplir par les conseillers étaient de valeur égale ; le fait qu'T_____ bénéficiait de fichiers alors que F_____ devait développer un secteur embryonnaire ne créait pas une disparité des tâches justifiant une différence de salaire. De plus, l'appelante n'indique pas en quoi les secteurs d'activité dévolus respectivement à T_____ et à F_____ seraient notablement différents. Enfin, le fait que l'expert n'ait pas pu se prononcer sur l'utilisation des outils mis à disposition ne saurait faire disparaître la notion de travail égale retenue par l'expert.

6. S'agissant du préjudice salarial subi par T_____, la Cour d'appel fera sienne la méthode de calcul retenue par l'expert et fondée sur les données internes de l'entreprise E_____SA . L'expert a procédé à l'appréciation moyenne des salaires versés aux conseillers exerçant la même activité ainsi qu'à l'évolution moyenne des salaires par ces mêmes conseillers. L'intimée fait grief à l'expert de ne pas avoir pris en compte, au rang des comparaisons, la rémunération perçue par B_____.

Cette critique ne peut être retenue. C'est à bon droit que l'expert a considéré que la rémunération de B_____, qui exerçait des fonctions à responsabilités dans l'entreprise, ne pouvait être prise à titre de comparaison pour apprécier la disparité salariale entre les différents conseillers en placement. L'intimée fait également le reproche à l'expert d'avoir intégré son propre salaire pour calculer la moyenne de l'évolution salariale mensuelle de l'ensemble des conseillers et des conseillères. La Cour d'appel ne peut retenir ce reproche et considère que la méthode de calcul proposée par l'expert recèle un juste élément de pondération compte tenu de l'hétérogénéité manifeste des rémunérations et des augmentations salariales que l'expert a qualifié de surprenantes. L'analyse de l'expert permet également de prendre en compte l'ensemble des rémunérations versées aux conseillers en personnel effectuant la même activité y compris l'employé masculin G_____ dont la rémunération était inférieure à celle de T_____. C'est donc sans critique que l'expert a retenu que l'écart moyen de salaire entre celui perçu par T_____ et celui dévolu aux hommes conseillers était de 11.27 % et que l'évolution mensuelle moyenne des conseillers en placement était fixée à 37.41 par mois.

Enfin, l'intimée fait grief à l'expert de n'avoir pas pris en compte le treizième salaire versé à T_____ alors que le salaire mensuel brut de l'employée était payable treize fois l'an. L'expert n'a pas méconnu ce point mais a alloué à T_____ une somme de 1'300 fr. au titre de la prise en compte de l'ancienneté et des performances dans l'entreprise. La critique de l'intimée sur ce point est toutefois fondée de telle sorte que le treizième salaire, qui fait partie intégrante de la rémunération de l'employée, doit être pris en compte dans le préjudice subi par l'employée du chef de la disparité salariale. La différence des rémunérations liées au treizième salaire s'énonce comme suit :

<u>Années de service</u>	<u>Salaires fin d'année</u>	<u>Salaires sans discrimination *</u>	<u>Différences</u>
1998 (3 mois)	4'000 fr.	4'500 fr.	125 (3/12 de 500)
1999	4'200 fr.	4'949 fr.	749
2000	4'300 fr.	5'398 fr.	1'098
2001 (3mois)	4'500 fr.	5'585 fr.	271 (3/12 de 1'085)
TOTAL			2'243

* compte tenu d'une augmentation mensuelle de 47.41 fr.

S'agissant du préjudice subi par T_____, la Cour d'appel prendra ainsi en considération l'écart de 23'733.35 fr. retenu par l'expert pour les trente mois d'activité et y ajoutera la somme de 2'243 fr. due au titre de différence liée au treizième salaire. C'est ainsi une somme de 25'976.35 fr. qui sera due à T_____ au titre de différence de salaire fondée sur l'art. 5 al. 1 let. d Leg.

7. a) Selon l'art. 3 al. 2 Leg, l'interdiction de toute discrimination s'applique également à la résiliation des rapports de travail. L'art. 5 al. 2 Leg prévoit que lorsque la discrimination porte sur la résiliation des rapports de travail régis par le Code des obligations, la personne lésée ne peut prétendre qu'au versement d'une indemnité par l'employeur. Celle-ci est fixée compte tenu de toutes les circonstances et calculée sur la base du salaire auquel la personne discriminée aurait droit ou vraisemblablement eu droit.

Selon l'art. 336 a al. 1 CO, la partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre une indemnité. L'indemnité est fixée par le juge, compte tenu de toutes les circonstances, mais ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur (art. 336 al. 2 CO). L'indemnité prévue à l'art. 336 a CO vise non seulement la

punition de l'auteur du congé abusif mais également la réparation du tort moral subi par le travailleur licencié.

- b) Il ressort des débats que le licenciement d'T_____ apparaît manifestement lié au problème salarial soulevé par l'employée envers son employeur. On rappellera que, lors de l'entretien du 30 janvier 2001, alors qu'il fut demandé à T_____ le montant du salaire mensuel qu'elle souhaitait percevoir, l'employée a demandé une égalité de salaire avec F_____, proposition qui fut rejetée par la direction. Cette dernière proposa derechef à l'employée une augmentation de salaire de 300 fr. et, alors qu'T_____ refusait cette contre-proposition, une lettre de licenciement, préparée avant la séance, lui fut remise en mains propres. Cette circonstance a été rappelée par les témoins B_____ et J_____ qui ont assisté à la séance du 30 janvier 2001. C'est donc la question du salaire réclamé par T_____ qui a été prépondérante dans la décision d'E_____SA de se séparer de son employée.

Certes, les débats ont également démontré diverses difficultés rencontrées avec T_____ et des problèmes relationnels qui ont pu exister avec certains clients. Cette circonstance apparaît toutefois mineure dans la décision de se séparer de l'employée de telle sorte qu'elle ne peut être retenue par la Cour d'appel mais justifiera qu'une indemnité équivalente à trois mois de salaire puisse être retenue au titre d'indemnité pour licenciement abusif discriminatoire. C'est ainsi une somme nette de 16'755 fr. (3 x 5'585) qui sera dévolue à l'intimée, la condamnation portant intérêts à compter du 1^{er} février 2001.

8. Compte tenu de l'issue du litige, il convient de laisser à charge de la partie appelante l'émolument d'appel. Les frais d'expertise arrêtés à 7'500 fr. selon décompte de l'expert du 20 juillet 2005 seront également pris en charge par la partie appelante qui a requis l'expertise judiciaire et qui succombe à la procédure (art. 78 al. 1 LJP).

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 4

A la forme :

- déclare recevable l'appel interjeté par E_____SA contre le jugement du Tribunal des Prud'hommes du 19 janvier 2004 rendu dans la cause C/6628/2001-4.

Au fond :

- annule ce jugement.

Statuant à nouveau :

- condamne E_____SA à verser à T_____ la somme brute de 25'976.35 fr. avec intérêts à 5 % dès le 1^{er} février 2001.
- condamne E_____SA à verser à T_____ la somme nette de 16'755 fr. avec intérêts à 5 % dès le 1^{er} février 2001.
- déboute les parties de toute autre conclusion.
- invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles.
- laisse à la charge de E_____SA l'émolument d'appel.
- met à la charge d'E_____SA les frais d'expertise arrêtés à 7'500 fr. dont 2'500 fr. ont été versés par E_____SA.

La greffière de juridiction

Le président