



Pharmacie \_\_\_\_\_  
Madame  
E \_\_\_\_\_  
**Dom. élu :**  
Me C. CAMPEAS TALABARDON  
Avocate  
Rue Bellot 3  
1206 GENEVE

Madame  
T \_\_\_\_\_  
**Dom. élu :**  
Me Yann MEYER  
Rue Ferdinand-Hodler 13  
1207 GENEVE

**Partie appelante**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRET**

du lundi 29 novembre 2004

M. Louis PEILA, président

M. Pierre CHEVALLIER et Mme Rose-Marie MATHIER, juges employeurs

Mme Geneviève PAGNOD et Jean-David URFER, juges salariés

M. Henri GANGLOFF, greffier d'audience

**EN FAIT**

**A.** Par demande déposée au greffe de la juridiction des prud'hommes le 25 juin 2003, T\_\_\_\_\_ a assigné E\_\_\_\_\_, exploitante de la Pharmacie \_\_\_\_\_, en paiement de 13'009 fr. brut plus intérêts à 5% dès le 31 janvier 2003 et de 10'704 fr. 20 net avec intérêts à 5% l'an dès la date moyenne du 31 juillet 2000.

Dans ses écritures responsives, E\_\_\_\_\_ a demandé à ce qu'il lui soit donné acte de son engagement de verser à T\_\_\_\_\_ 2'985 fr. 42 à titre de solde de salaire et 1'879 fr. 83 à titre de vacances pour la période postérieure au 31 octobre 2000 et de salaire pour le mois de janvier 2003.

**B.** Par jugement du 10 mars 2004, notifié par plis recommandés du 3 juin 2004, le Tribunal des prud'hommes a condamné E\_\_\_\_\_ à payer à T\_\_\_\_\_ 14'622 fr. 20 brut plus intérêts à 5% dès le 31 janvier 2003 et 6'459 fr. 35 net avec intérêts à 5% l'an dès le 31 juillet 2000 ; E\_\_\_\_\_ a en outre été condamnée à délivrer un certificat de travail à T\_\_\_\_\_ au sens de l'art. 330a al. 1 CO, lequel devait faire état des éléments positifs relatifs au comportement et au travail de cette dernière.

En substance, le Tribunal, après avoir admis sa compétence, a considéré que l'employé avait droit à l'intégralité de son salaire pendant deux mois en mai et juin 2000, puis aux indemnités versées par l'assurance B\_\_\_\_\_ pendant les quatre mois suivants. Elle avait également droit aux vacances pour la période postérieure, soit de novembre 2000 à décembre 2002 ainsi qu'à son salaire intégral, vacances incluses, en janvier 2003. Enfin, au vu des enquêtes, l'employeur devait lui délivrer un certificat de travail mentionnant les aspects positifs de sa collaboration.

**C.** Par acte adressé le 5 juillet 2004, E\_\_\_\_\_ appelle de cette décision et reprend ses conclusions de première instance ; elle propose pour le surplus le texte

d'un certificat de travail faisant abstraction de toute mention relative au comportement positif de T\_\_\_\_\_.

Par mémoire du 23 juillet 2004, T\_\_\_\_\_ conclut à la confirmation de la décision entreprise.

**D.** Il ressort de la procédure les éléments pertinents suivants :

a. E\_\_\_\_\_ est propriétaire de la Pharmacie \_\_\_\_\_, qu'elle exploite en raison individuelle.

b. Par contrat du 16 juin 1998, E\_\_\_\_\_ a engagé T\_\_\_\_\_ en qualité de pharmacienne adjointe dès le 1er juillet 1998, pour un salaire horaire de 35 fr. et un minimum de 20 heures de travail hebdomadaire. Sous chiffre 9, ce contrat stipulait que la pharmacie ne disposait d'aucune assurance perte de gain en cas de maladie et de grossesse et qu'il appartenait à l'employé d'en contracter une.

c. Les parties ont signé le 22 octobre 1998 le contrat-type de travail pour pharmaciens responsables de l'association des pharmacies du canton de Genève, stipulant ainsi l'engagement de T\_\_\_\_\_ dès le 1er décembre 1998 en qualité de pharmacienne responsable de la Pharmacie \_\_\_\_\_. Il était prévu que T\_\_\_\_\_ travaille à 80 %, pour un salaire mensuel brut de 5'600 fr. versé douze fois l'an.

Ce contrat prévoyait, en cas de maladie, le versement intégral du salaire de l'employé durant quatre semaines pendant la première année de service, et, si l'incapacité s'étendait à au moins 60 jours, le second mois était payé à 80 % avec effet rétroactif. Dès la deuxième année de service, le salaire en cas de maladie devait être versé pendant deux mois, pour chaque période de 12 mois. Enfin, ce contrat obligeait l'employeur à conclure une assurance perte de gain dès l'engagement définitif du pharmacien responsable, ladite assurance devant le couvrir à partir du 61ème jour de maladie à raison de 80 % de son salaire durant 720 jours sur une période de 900 jours (art. 14).

d. Lors de l'engagement de T\_\_\_\_\_, E\_\_\_\_\_ ne disposait pas encore d'une

assurance perte de gain en cas de maladie, ce qui fut mentionné sur la lettre d'engagement jointe au contrat de travail.

e. E\_\_\_\_\_ a contracté une telle assurance auprès de B\_\_\_\_\_ dès le 15 octobre 1999; ce contrat prévoyait notamment un délai de carence de 14 jours en cas de maladie et le versement de 80 % du salaire dès l'écoulement de ce délai. Les primes mensuelles étaient intégralement à la charge des employés.

f. T\_\_\_\_\_ a travaillé selon l'horaire convenu jusqu'au 9 mai 2000. Dès le lendemain et jusqu'au 23 mai suivant, elle n'a travaillé qu'à 40 % d'un plein temps. Ensuite, enceinte de jumeaux, elle s'est trouvée en incapacité totale de travailler jusqu'au 31 octobre 2000.

g. Du 10 au 21 mai 2000, T\_\_\_\_\_ n'a pas été indemnisée par l'assurance perte de gain en raison du délai de carence de 14 jours.

Du 22 mai au 16 octobre 2000, B\_\_\_\_\_ a versé à E\_\_\_\_\_ l'équivalent de 146 jours à 147 fr. 30, soit 21'505 fr. 80 brut, retenant encore deux jours de carence par rapport à la précédente période de 12 jours.

Le montant total net de 17'165 fr. 95, calculé par E\_\_\_\_\_, fut reversé à T\_\_\_\_\_ en trois fois, soit 4'904 fr. 90 en mai 2000, 4'177 fr. 85 en juin 2000 et 8'083 fr. 20 en octobre 2000.

h. Dès le 1<sup>er</sup> novembre 2000, T\_\_\_\_\_ a repris son activité, mais à temps partiel, sur une base de 50% ; elle était dorénavant payée à raison de 42 fr. 10 de l'heure.

Les vacances n'ont pas été expressément incluses dans les montants versés mensuellement à T\_\_\_\_\_. Celle-ci a exposé sans être contredite avoir pris des vacances non expressément rétribuées entre novembre 2000 et janvier 2003. Toutefois, il ressort de trois décomptes produits par E\_\_\_\_\_ que des versements à titre de vacances ont été individualisés en 2001 et 2002, correspondant à 2'552 fr. 10, 1'465 fr. et 2'768 fr. 15, soit au total à 6'785 fr. 25.

i. Sur la base des décomptes produits, T\_\_\_\_\_ a reçu au total, à titre de salaire pour 2001 et 2002, 100'207 fr. 40. Il ressort des mêmes pièces que son salaire mensuel moyen brut s'est élevé à 4'684 fr. 60 en 2002.

j. T\_\_\_\_\_ a donné son congé à son employeur à la fin du mois de septembre 2002 pour le 31 janvier 2003.

k. T\_\_\_\_\_ a été incapable de travailler du 24 décembre 2002 au 31 janvier 2003, ses absences étant justifiées par une suite de certificats médicaux.

Elle n'a reçu aucun salaire pour le mois de janvier 2003.

B\_\_\_\_\_ lui a cependant versé un montant net de 3'387 fr. 90, correspondant à des indemnités journalières durant cette période de maladie, versées à compter du 9 janvier 2003.

l. Il ressort des enquêtes ordonnées par le Tribunal que deux clients de la pharmacie ont témoigné de la gentillesse et de la compétence de T\_\_\_\_\_ dans le cadre de son activité professionnelle.

A\_\_\_\_\_, pharmacien adjoint auprès de E\_\_\_\_\_ depuis octobre 1998, a déclaré qu'il percevait 8,33% en plus de son salaire à titre de paiement de ses vacances, mais cela uniquement dès l'année 2003. Auparavant, il ne percevait pas d'indemnités de vacances. C'est par la demande conjointe qu'il avait faite avec T\_\_\_\_\_ que leur employeur a contracté une assurance perte de gain ; il avait été convenu que les employés acquitteraient la totalité des primes.

S'agissant des qualités de T\_\_\_\_\_, avec qui il s'était toujours bien entendu, A\_\_\_\_\_, précisant qu'il avait peu travaillé en même temps qu'elle, a noté qu'elle avait un bon contact avec les clients.

## EN DROIT

1. Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi (art. 59 de la loi sur la juridiction des prud'hommes, ci-après: LJP), l'appel est recevable.

2. Il n'est pas contesté que les parties étaient liées par un contrat de travail au sens des art. 319 et ss CO et que la juridiction spéciale des Prud'hommes est compétente en l'espèce.

3. L'appelante semble considérer que la signature le 22 octobre 1998 du contrat de travail de l'Association des pharmacies du canton de Genève ne la lierait pas, dans la mesure où la volonté des parties ressortirait de la lettre d'engagement de la même date. C'est bien évidemment totalement erroné. Le contrat qui lie les parties en l'espèce résulte de la juxtaposition de ces deux pièces, qui sont complémentaires. En conséquence, l'appelante était liée par son obligation de souscrire une assurance perte de gain et c'est précisément en fonction de cette obligation que figure, on l'espère, la mention, « **pour l'instant** » à côté de celle qui informe que la pharmacie n'a pas encore cette assurance.

4. La première question que soulève la présente procédure concerne le salaire en cas d'incapacité non fautive du travailleur.

4.1. Selon l'article 324a al. 1 CO, durant une incapacité de travail non fautive, telle que la maladie, l'employeur doit verser au travailleur le salaire pour un temps limité, dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois.

La durée du droit au salaire est de trois semaines pendant la première année de service (art. 324a al. 2 CO), puis, conformément à l'échelle bernoise généralement

appliquée à Genève, d'un mois dès la deuxième année de service, de deux mois pour la troisième et la quatrième année de service, de trois mois de la cinquième à la neuvième année de service (AUBERT, Le droit au salaire en cas d'empêchement de travailler, in Journée 1991 de droit du travail et de la sécurité sociale, vol. 4, p. 103).

Un accord écrit, un contrat type de travail ou une convention collective peuvent prévoir, en lieu et place du paiement du salaire complet durant un temps limité, le paiement d'indemnités journalières par une assurance perte de gain à la condition que les prestations accordées soient équivalentes à celles du système légal (art. 324a al. 4 CO). Le simple fait de conclure une assurance perte de gain n'a pas d'effet libératoire. L'employeur n'est en conséquence libéré des obligations prévues à l'art. 324a al. 1 CO que lorsque l'assurance s'est acquittée des versements prévus contractuellement (JAR 1986 p. 150).

L'équivalence s'examinera au regard de deux systèmes différents : celui qui prévoit le paiement du salaire complet pour un temps relativement court, mais qui augmente avec la durée de l'emploi (art. 324a al. 1 à 3 CO) et celui de l'assurance en cas de maladie qui garantit une indemnité inférieure au salaire, mais pour une longue période et cela dès le premier jour de l'emploi (art. 324a al. 4 CO; ATF 96 II 137 = JdT 1971 I 37). Selon le Tribunal fédéral, pour déterminer si les prestations accordées par une assurance perte de gain sont équivalentes à celles du système légal, il y a lieu de comparer par une appréciation globale les avantages de chacun des deux régimes pour établir, dans chaque cas d'espèce, si le premier accorde dans l'ensemble, à l'employé, des prestations au moins équivalentes à celles que lui garantit le second (ATF 96 II 137 = JdT 1971 I 37.; SJ 1982 p. 575; AUBERT, op. cit. p. 122).

**4.2.** En l'espèce, compte tenu du système d'assurance mis en place, l'appelante devait à l'intimée, qui payait l'intégralité des primes d'assurance, ce qu'elle aurait dû lui verser selon le contrat conclu entre les parties, soit l'intégralité des deux premiers mois de salaire et le 80% des mois suivants. Ceci vaut tant pour la période de mai à octobre 2000 que pour janvier 2003.

**4.3.** En conséquence, l'appelante doit contractuellement deux mois à 5'600 fr. pour les deux premiers mois d'incapacité, puis 80 % de 5'600 fr. pour les quatre mois suivants en 2000, ce montant étant en principe pris en charge par l'assurance.

Chiffrée, cette prétention s'élève donc à 5'600 fr. en mai et juin et à 4'480 fr. pour les quatre autres mois, soit au total à 29'120 fr. brut. L'intimée ayant déjà perçu une certaine somme nette, soit 17'165 fr. 95, elle devra recevoir le montant qui, compte tenu des déductions sociales à effectuer, résultera de la différence entre le montant net réellement dû et ce qui lui a déjà été versé (29'120.- moins les déductions sociales, moins 17'165.95), soit un montant exact qui ne peut être en l'état formulé. La décision entreprise sera modifiée en conséquence.

4.4. Les mêmes principes valent évidemment pour l'incapacité de travail de l'intimée en décembre 2002 et janvier 2003. A cette occasion, elle a perçu 3'387 fr. 90 net de B\_\_\_\_\_ pour la période courant dès le 9 janvier 2003. Elle a donc droit en sus, théoriquement, à sept jours de salaire pour cette période, soit 1'507 fr. 70 brut ( $4'684.60/21.75 \times 7$ ), ainsi qu'à sa part de vacances sur le mois entier, soit 390 fr. 20 brut ( $4'684.20 \times 8,33\%$ ). Toutefois, en raison des calculs afférents aux charges sociales, que la Cour n'est pas en mesure d'effectuer, la condamnation sera également prononcée au regard du salaire total brut dû, sous déduction de la somme nette versée à l'intimée ( $[4'684.20 + 390]$  brut – 3'387.90 net). La décision entreprise sera modifiée en conséquence.

**5.1.** A teneur de l'article 329d al. 2 CO, des prestations en argent ou d'autres avantages ne peuvent remplacer les vacances pendant toute la durée des rapports de travail. Cette disposition prohibe, en particulier, les clauses stipulant que le salaire afférent aux vacances n'est pas versé au moment où celles-ci sont prises, mais compris dans le salaire global. Un tel accord est nul et, partant, le travailleur conserve le droit de faire valoir une prétention en paiement de vacances.

L'inclusion de l'indemnité de vacances dans le salaire total est toutefois admissible

dans des cas particuliers (travail très irrégulier d'un employé à temps partiel, travail intérimaire), pour autant qu'il ressorte clairement, pour le travailleur, du contrat de travail comme des décomptes de salaire, quelle part du salaire est destinée à remplacer les vacances. Le simple arrangement prévoyant que le salaire afférent aux vacances est inclus dans le salaire convenu ne suffit pas.

L'exigence de la spécification du salaire afférent aux vacances est également valable lorsqu'il n'est pas contesté ou qu'il est établi que le travailleur a effectivement pris ses vacances. En effet, le travailleur pourrait croire faussement, sur la base d'une clause peu claire du contrat, que le salaire convenu le dédommage uniquement pour le travail effectué mais ne couvre pas son droit à un salaire afférent aux vacances. Il y aurait alors un risque qu'il n'utilise prématurément la part du revenu consacrée aux vacances. Tant la doctrine que la jurisprudence cantonale en déduisent que la prétention en paiement d'un salaire afférent aux vacances peut être rejetée si l'employeur démontre - par exemple dans le cadre d'un contrat oral - que le travailleur était au courant du mode de calcul utilisé pour le paiement du salaire, autrement dit qu'il connaissait la part en chiffres ou en pourcent servant à la rémunération des vacances. Pour ce faire, il conviendra d'appliquer le principe de la confiance (ATF du 6 août 1992, cité par Aubert in SJ 1993 p. 355 et les références citées not. ATF 116 II 515 = JdT 1991 I 313 et ATF 118 II 136 = JdT 1993 I 660).

**5.2.** En l'espèce, les vacances de l'intimée, qui ne recevait pas de décompte, ont été payées de manière irrégulière, sous forme d'un montant global comportant uniquement la mention que le montant versé constituait pour partie une indemnité de vacances. La vérification en était par conséquent délicate pour chacun. Preuve en est que l'appelante reconnaît qu'elle a omis de verser le salaire afférent aux vacances à fin 2000 et à fin 2002.

C'est en conséquence à juste titre que les premiers juges ont admis le paiement des vacances à raison de 8,33 % des montants brut versés à titre de salaires du 1er novembre 2000 au 31 décembre 2002. Toutefois, le salaire annuel pertinent ayant été expressément calculé en déduisant les sommes que l'appelante a versées à l'intimée à titre de vacances, sommes qui sont individualisées sur les décomptes

versés à la procédure (2'552.10 + 1'465.- + 2'768.15 = 6'785.25), il convenait aussi de retrancher lesdites sommes du montant des vacances revenant à l'intimée.

En résumé, l'intimée a perçu en 2001 et 2002 un revenu brut total de 100'207 fr. 40. Le droit aux vacances sur cette somme, soit 8,33 %, s'élève à 8'347 fr. 30, montant duquel doivent être déduits les 6'785 fr. 25 visés ci-dessus. L'intimée recevra en conséquence l'éventuel solde positif restant après prélèvement des charges sociales sur 8'347 fr. 30 et sous déduction de la somme nette individualisée ci-dessus. Là également, les sommes en cause étant exprimées tantôt brutes tantôt nettes, il s'impose de reformuler les conclusions condamnatoires afin que les charges sociales soient régulièrement versées.

Des montants ayant été régulièrement payés 2001 et 2002 à titre de vacances, et aucune mise en demeure pour le versement du solde n'étant produit, les intérêts ne courent que dès la fin des rapports de travail.

**6.** L'appelante sollicite le droit de produire un certificat de travail sans mentionner les éléments positifs du travail accompli par l'intimée.

**6.1.** A teneur de l'art. 330a CO, le travailleur peut demander en tout temps à l'employeur un certificat portant sur la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que sur la qualité de son travail et sa conduite (al. 1). A la demande expresse du travailleur, le certificat ne porte que sur la nature et la durée des rapports de travail (al. 2). L'exigence ainsi posée par la loi répond à un double but - parfois contradictoire (Janssen, Die Zeugnispflicht des Arbeitsgebers, 2ème éd, op. cit, p. 86) - consistant d'une part à favoriser les recherches du travailleur en vue de trouver un nouvel emploi, tout en permettant, dans le même temps, aux employeurs potentiels approchés de se forger une opinion sur les aptitudes professionnelles et le comportement de l'intéressé (JAR 1998 p. 167; Staehelin, Commentaire zurichois, n. 1 ad art. 336a CO).

Le contenu du certificat doit être exact, c'est à dire de manière générale être conforme à la réalité et complet (JAR 2001 p. 229-230; Staehelin, op. cit, n. 10 ad

art. 330a CO; Rehbinder, Commentaire bâlois, 2ème éd, n. 2 ad art. 330a CO; Janssen, op. cit, p. 100).

La formulation du certificat incombe au premier chef à l'employeur (Janssen, op. cit, p. 67). Une évaluation négative au sujet du collaborateur concerné peut être insérée dans le texte, s'il s'agit d'une attestation délivrée en vertu de l'art. 330a al. 1 CO, mais seulement pour autant que la remarque soit pertinente (JAR 2000 p. 287 cons. 2/b; Wyler, Droit du travail, p. 272). Jurisprudence et doctrine admettent d'autre part que l'employé peut exiger judiciairement la correction d'un texte comportant des indications inexactes, respectivement incomplètes ou des appréciations inutilement péjoratives (JAR 1999 p. 212; 2001 précité; Wyler, op. cit, p. 274; Staehelin, n. 19, 21 ad art. 330a CO; Rehbinder, op. cit, n. 3 ad art. 330a CO; Janssen, op. cit, p. 159).

Dans le domaine considéré, les avis sont partagés sur la question du fardeau de la preuve. D'aucun estiment que celui-ci repose le plus souvent sur les épaules de l'employé demandeur (Staehelin, op. cit, n. 21 ad art. 330a CO), alors que d'autres parviennent à la solution inverse (Rehbinder, n. 3 ad art. 330a CO; Janssen, p. 161). Dans l'ensemble, on peut retenir qu'il incombe à l'employeur de démontrer l'exactitude d'une mention dépréciative insérée dans le certificat, alors que l'employé doit établir avoir droit à une réflexion élogieuse (JAR 2000 p. 287 cons. 2/b; JAR 2001 p. 230).

**6.2.** En l'espèce, les enquêtes ayant révélé que l'intimée avait été appréciée par la clientèle de la pharmacie, alors que le contraire n'a pas été démontré, cette appréciation doit pouvoir figurer dans son certificat, dans le sens de ce qui a été relevé ci-dessus dans la partie factuelle. Le jugement déféré sera par conséquent confirmé sur ce point.

7. La valeur litigieuse étant inférieure à 30'000 fr., aucun émolument ne sera perçu. Compte tenu des modifications apportées, le dispositif sera entièrement repris.

**PAR CES MOTIFS**

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 5,

**A la forme :**

déclare recevable l'appel interjeté par E\_\_\_\_\_ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 10 mars 2004 dans la cause C/13014/2003 – 5 ;

**Au fond :**

Annule ledit jugement.

**Statuant à nouveau :**

Condamne E\_\_\_\_\_ à payer à T\_\_\_\_\_ 29'120 fr. brut plus intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> février 2003, sous déduction de 17'165 fr. 95 net, à charge pour elle d'effectuer les déductions sociales;

Condamne E\_\_\_\_\_ à payer à T\_\_\_\_\_ 8'347 fr. 30 brut plus intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> février 2003, sous déduction de 6'785 fr. 25 net, à charge pour elle d'effectuer les déductions sociales.

Condamne E\_\_\_\_\_ à payer à T\_\_\_\_\_ 5'074 fr. 60 brut, plus intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> février 2003, sous déduction de 3'387 fr. 90 net, à charge pour elle d'effectuer les déductions sociales ;

Condamne E\_\_\_\_\_ à délivrer à T\_\_\_\_\_ un certificat de travail au sens de l'art. 330a al. 1 CO, lequel devra faire état des éléments positifs relatifs au comportement et au travail de cette dernière ;

Déboute les parties de toutes autres conclusions ;

La greffière de juridiction

le Président