



E___ AG

Dom. élu:

Me Rayan HOUDROUGE
Route de Chêne 30
1211 GENEVE 17

**Partie appelante au fond
et intimée incident**

Madame T___

Dom. élu:

Me Karin GROBET THORENS
Rue Verdaine 6
Case postale 3776
1211 GENEVE 3

**Partie intimée au fond
et appelante incident**

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 1^{er} juin 2010

Mme Martine HEYER, présidente

MM. Michel FAVRE et Daniel FORT, juges employeurs

Mme Pierrette FISHER et M. Laurent NEPHTALI, juges salariés

M. Olivier SIGG, greffier d'audience

EN FAIT

A. Par acte déposé au greffe le 17 avril 2009, la société E___ AG (ci-après l'appelante ou l'employeur) appelle d'un jugement rendu le 16 mars 2009 par le Tribunal des Prud'hommes, notifié aux parties le lendemain, dont le dispositif est le suivant :

Préalablement :

1. Déclare recevable la demande formée le 30 juillet 2008 par T___ contre E___ AG ;
2. Déclare irrecevable l'écriture complémentaire de E___ AG du 14 novembre 2008 et le chargé de pièces complémentaires de E___ AG du 20 novembre 2008 ;

Au fond :

3. Condamne E___ AG à payer à T___ la somme brute de 4'833 fr. 85 (quatre mille huit cent trente-trois francs et quatre-vingt-cinq centimes) plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 1^{er} février 2008 ;
4. Condamne E___ AG à payer à T___ la somme brute de 898 fr. (huit cent nonante-huit francs) plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 1^{er} mars 2007 ;
5. Condamne E___ AG à payer à T___ la somme nette de 20'609 fr. 20 (vingt mille six cent neuf francs et vingt centimes) plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 1^{er} février 2008 ;
6. Condamne E___ AG à verser aux Services financiers du pouvoir judiciaire la somme de 351 fr. (trois cent cinquante et un francs) ;
7. Invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles ;
8. Déboute les parties de toutes autres conclusions.

L'appelante conteste devoir quoi que ce soit à son ancienne employée T___ (ci-après l'intimée ou l'employée), à l'exception de la somme de 398 fr. 45 qu'elle admet devoir à titre d'indemnité pour les vacances non prises durant l'exercice 2006. L'intimée, que le jugement déféré déboute partiellement, a formé appel incident et persiste intégralement dans les conclusions qu'elle avait soumises aux premiers juges. Il sera revenu plus loin sur les allégués et sur l'argumentation des parties.

B. Les faits suivants résultent de la procédure :

a. E___ AG est une société anonyme qui a son siège à Zurich et dont le but est notamment la distribution et le commerce de produits pharmaceutiques et toutes sortes.

b. Par contrat daté du 25 mars 2003 elle a engagé T___ à dater du 1^{er} juin 2003 en qualité de déléguée médicale, principalement pour la visite de médecins, dans les cabinets et les hôpitaux. L'employeur se réservait la possibilité de confier à l'employée d'autres tâches correspondant à sa formation professionnelle ou à son activité particulière, notamment en cas de remplacement d'employés absents.

Le taux d'activité n'était pas formellement quantifié par le contrat, qui indiquait toutefois que l'employée exercerait son activité itinérante conformément aux instructions de l'employeur; cela étant, il est admis que T___ a travaillé à temps complet.

Le salaire mensuel brut était fixé à 8'400 fr. Un bonus calculé pro-rata temporis, équivalent aux 15 % du salaire annuel brut de l'employée, était convenu pour la première année de service. Pour les années suivantes, un bonus serait versé en fonction des résultats. De fait, ce bonus a régulièrement été versé à l'employée pendant toute la durée des rapports de travail. T___ avait droit, en outre, au remboursement de ses frais professionnels, calculés selon un barème figurant dans un règlement interne à l'entreprise, frais qui ascendaient au total à 2'385 fr. par mois.

Le contrat était régi par le Code des obligations, par la Convention collective de travail conclue par l'Association zurichoise des maisons de commerce, pour les employés de commerce, les employés technico-commerciaux et le personnel de vente dans le commerce de détail (Verband Zürcher Handelsfirmen VZH), ci-après la CCT, ainsi que par divers règlements internes de l'entreprise, concernant le temps de travail, les vacances et la prévoyance professionnelle.

c. Dès le 13 janvier 2006, le salaire a été porté à 8'980 fr. brut par mois. En outre, jusqu'en juin 2006, l'employée a perçu une prime mensuelle (*incentive*) liée à la croissance des ventes des médicaments dont elle assurait la promotion ; cette prestation as-

cevait à environ 5'000 fr. par an. T___ soutient que ces *incentives* font partie intégrante de son revenu ; l'employeur relève au contraire qu'elles ne sont pas prévues par le contrat et qu'elles conservent un caractère aléatoire.

d. L'employeur assurait son personnel en cas de maladie selon une réglementation prévoyant le versement intégral du salaire durant les 60 premiers jours, puis le 90 % du salaire dès le 61^{ème} jour et durant 670 jours. La question du paiement du salaire en cas d'incapacité de travail est également régie par l'art. 25 de la CCT.

e. T___, née le 4 mars 1966, avait droit à 25 jours de vacances par an et à 28 jours dès l'âge de 40 ans, soit dès le 4 mars 2006, conformément à l'art. 18.1. de la CCT.

f. Il ressort des pièces versées au dossier qu'à partir du mois de février 2006 et jusqu'à la fin des rapports de travail, en janvier 2008, T___ a été, de manière quasi constante, en incapacité de travailler, soit totalement soit partiellement. Ainsi :

- Le docteur A___, gynécologue, a attesté d'une totale incapacité de travailler du 10 au 20 février 2006 pour cause de maladie.
- Le docteur B___, généraliste, a attesté d'une totale incapacité de travailler du 28 avril au 18 juin 2006, pour cause de maladie, puis d'une capacité de travailler à 50 % du 19 juin au 9 juillet 2006 et d'une possible capacité totale de travailler ultérieurement, selon évolution.

Le 14 juillet 2006, T___ a annoncé à son employeur qu'elle était enceinte.

- Le docteur C___ a attesté d'une totale incapacité de travail du 18 juillet au 9 août 2006.
- Le docteur A___ a attesté d'une totale incapacité de travail du 9 août au 21 septembre 2006.
- Le docteur D___, gynécologue, a attesté de manière presque ininterrompue d'une capacité de travail à 50 % du 21 octobre 2006 au 15 mars 2007, en indi-

quant toutefois à l'employeur que sa patiente ne pouvait pas conduire une voiture plus de deux heures par jour.

- Le docteur D___ a attesté d'une totale incapacité de travail dès le 14 mars 2007, pour une durée indéterminée.

T___ a accouché le 6 avril 2007. Elle indique dans ses écritures avoir ensuite souffert d'une dépression.

- Le docteur B___ a attesté d'une totale incapacité de travail du 17 juillet au 11 janvier 2008. Ce médecin a indiqué à l'employeur qu'ensuite de l'accouchement, la patiente avait rapidement perdu 10 kg. et se trouvait dans un important état d'épuisement, qui avait justifié à trois reprises des séjours en France, chez ses parents, afin d'y trouver aide et soutien.
- Le docteur F___, psychiatre, a attesté d'une totale incapacité de travail dès le 11 janvier 2008, puis d'une capacité à 50 % dès le 1^{er} mars 2008 au 15 avril 2008, et d'une reprise du travail à 100 % dès cette date.

g. E___ AG a rédigé deux propositions alternatives, datées du 17 octobre 2006, à l'attention de T___. Selon la précitée, cela correspond à une pratique dans l'entreprise. L'employée y était invitée à choisir, d'ici *fin mars/avril 2007 au plus tard*, entre la reprise de ses activités professionnelles à plein temps (aucun emploi à temps partiel n'étant envisageable dans le service extérieur), à l'échéance du congé de maternité de 16 semaines, soit le 17 juillet 2007, et la résiliation des rapports de travail à l'échéance du congé de maternité.

T___ dit avoir reçu ces documents libellés en allemand, à mi-août 2006 et leur traduction française, à sa demande, en octobre 2006. Elle a estimé les propositions contenues dans ces documents comme prématurées et elle n'y a jamais donné suite, nonobstant les relances dont elle a fait l'objet. G___, responsable du département des ressources humaines auprès de E___ AG, a en effet précisé lors de son audition sous la foi du serment

par les premiers juges que, selon la pratique de l'entreprise, elle avait relancé téléphoniquement l'employée, en juin 2007, afin de connaître sa détermination.

h. E___ AG expose par ailleurs qu'à partir d'avril ou mai 2007 l'entreprise avait procédé à des opérations de restructuration, qui faisaient suite à l'étude préalable d'un nouveau programme, imposé par la maison-mère, et baptisé « go to market ». Il s'agissait notamment de rationaliser les activités et en particulier d'éviter que plusieurs délégués ne se rendent auprès des mêmes médecins pour présenter les mêmes produits. Ainsi le personnel de vente travaillant sur le terrain a été réduit de 20 %, soit par l'absence de remplacements, soit par des licenciements, étant précisé que l'entreprise avait choisi de conserver les employés les plus performants et qui avaient connaissance du nouveau programme et des nouveaux produits. G___ a précisé qu'après deux ou trois mois de discussions, la nouvelle organisation avait été mise en place à dater du 1^{er} juin 2007.

i. E___ AG a produit devant la Cour la copie d'un courriel émanant de G___, daté du 18 mai 2007, adressé à divers collaborateurs et ayant pour objet une liste confidentielle à établir à dater du 1^{er} juin 2007 ; elle y explique, entre autres, qu'elle va éclaircir la question de savoir si T___ va pouvoir être licenciée pour fin juillet 2007 déjà ou bien s'il faut encore attendre l'échéance du congé maternité. La force probante de ce document, produit pour la première fois en appel et non confirmé sous la foi du serment, est contestée par T___.

j. T___, qui, comme déjà indiqué plus haut, avait accouché le 5 avril 2007, a écrit à E___ AG en date du 6 juin 2007 pour l'informer qu'elle avait décidé de continuer à allaiter son enfant après la reprise de son travail et qu'elle entendait par conséquent travailler désormais depuis son domicile, jusqu'à la fin de l'allaitement. G___, à réception de ce courrier, en a référé à ses supérieurs ; elle a indiqué en audience que cette situation posait problème, car le travail de délégué médical ne pouvait pas s'effectuer depuis le domicile du délégué. Par ailleurs l'entreprise n'avait pas de travail à proposer à T___, qui puisse être effectué à domicile.

k. E___ AG a résilié le contrat de T___ par courrier du 2 août 2007 pour le 30 novembre 2007, en précisant que dès la fin du congé de maternité, le 27 juillet 2007, et compte tenu du certificat médical attestant d'une totale incapacité, l'employée était libérée immédiatement de ses tâches. E___ AG a par ailleurs demandé à l'employée de bien vouloir se rendre auprès d'un médecin exerçant à Zurich, choisi par la VZH. Le 13 août 2007 E___ AG lui demanda de se rendre auprès de son médecin-conseil à Genève. Elle ne déféra pas à ces demandes.

l. Au cours de l'année 2007 et 2008 l'employée se rendit par trois fois, respectivement du 2 au 24 août, puis du 7 au 22 novembre 2007, enfin du 20 décembre 2007 au 9 janvier 2008, dans le Sud-Ouest de la France, auprès de ses parents, ce dont elle informa l'assurance de son employeur, indiquant qu'il s'agissait de séjours de convalescence.

m. T___ contesta la validité du congé, notifié alors qu'elle se trouvait en incapacité de travail pour raison de maladie. E___ AG adressa à T___ une seconde lettre de résiliation, datée du 27 octobre 2007, pour le 31 janvier 2008, afin de tenir compte du délai de trois mois courant à dater du début de la période d'incapacité, soit le 17 juillet 2007, attestée par certificat du docteur B___. De même que le précédent, ce congé libérait l'employée de ses obligations professionnelles et précisait que cette mise en disponibilité compensait le crédit vacances jusqu'au 31 janvier 2008, ainsi que d'éventuelles heures supplémentaires.

T___ a formé opposition à ce second congé ; elle soutient qu'il s'agit de repréailles faisant suite aux légitimes prétentions qu'elle avait élevées, tendant à pouvoir organiser son temps de travail afin d'allaiter son enfant ; ce congé était de surcroît discriminatoire, car l'employeur voulait ainsi éviter de subir les inconvénients inhérents à la maternité de son employée.

n. Le 27 juillet 2008, elle a saisi la Juridiction des Prud'hommes d'une demande visant au paiement par E___ AG des sommes suivantes, avec intérêts de droit : 78'690 fr. à titre d'indemnité représentant six mois de salaire pour congé abusif et discriminatoire ;

3'050 fr. d'indemnité pour solde de vacances non prises pour l'année 2006, 15'540 fr. pour solde de vacances non prises pour l'année 2007, 1'294 fr. pour solde de vacances non prises pour l'année 2008 ; 898 fr. à titre de restitution de sommes retenues à tort sur son salaire 2007 et 2'694 fr. à titre de restitution de sommes retenues à tort sur son salaire 2008. Elle expose en substance que son activité pour E___ AG s'est déroulée tout d'abord sur le canton de Genève, puis ensuite également sur Vaud, Neuchâtel et le Jura francophone. En 2006 elle a perçu un salaire mensuel brut légèrement supérieur à 13'000 fr. toutes prestations confondues. Dès qu'elle eut annoncé sa grossesse à son employeur ce dernier avait exigé d'elle qu'elle opère un choix entre démissionner ou reprendre son activité à temps complet. Quelques temps après son accouchement elle avait été pressée de se prononcer quant à la solution choisie, mais elle avait refusé. Elle entendait reprendre son travail selon les mêmes modalités que précédemment, et cette prise de position avait engendré un licenciement violent à la fois les dispositions de la Loi fédérale sur le travail et de la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes. T___ met en évidence le fait que son employeur n'a jamais critiqué la qualité de son travail ; partant, il est, selon elle, évident que le congé constitue à la fois une rétorsion et une discrimination.

E___ AG s'est intégralement opposée à la demande. L'employeur souligne que depuis avril 2006 T___ n'a plus effectué de visites auprès des médecins et des hôpitaux, elle a travaillé depuis son domicile, comme secrétaire de terrain (field secretary), c'est-à-dire en organisant des rendez-vous. Or, dans le cadre du nouveau système appelé « go to market » ce type d'activité avait été supprimé, pour des motifs de rationalisation. En outre T___, en raison de ses longues absences, ne connaissait pas le nouveau système et n'était pas en mesure de s'y adapter. C'est pour ces motifs qu'elle avait dû être licenciée, et non pas en raison de sa situation personnelle ou de sa volonté d'allaiter son enfant. La qualité de son travail n'est pas mise en cause, mais plutôt le fait qu'elle n'était plus en mesure d'exercer ce travail. La proximité chronologique entre la demande de T___ de pouvoir allaiter son enfant et la mise en place par E___ AG de son nouveau système s'explique par des motifs objectifs, indépendants les uns des autres, et ne suffit pas à faire admettre que le congé serait abusif ou discriminatoire. E___ AG conteste que

l'employée ait subi des pressions pour choisir entre un départ ou une poursuite de son activité à plein temps. Ainsi, selon la défenderesse, le congé est parfaitement valable et aucune indemnité n'est due, étant au demeurant précisé d'une part que le salaire mensuel brut était de 10'310 fr., compte non tenu des *incentives* et d'autre part que la demanderesse a été intégralement payée jusqu'au terme du contrat au tarif des délégués médicaux alors qu'en réalité, depuis de longs mois elle n'a été que secrétaire de terrain, avec un taux d'activité moyen de 15 %. Les retenues sur salaire dont elle réclame la restitution étaient fondées sur les dispositions de la CCT ; quant aux vacances elle les avait intégralement prises, notamment en se rendant dans le Sud Ouest de la France, dans sa famille.

o. Les premiers juges ont entendu les parties, la représentante du département des ressources humaines G___, ainsi que H___, qui a travaillé comme chef de vente chez E___ AG entre août 2002 et octobre 2007 et qui a perdu son emploi dans le cadre du nouveau système mis en place par l'entreprise. Ce dernier a décrit T___ comme une très bonne collaboratrice, à laquelle toutefois il avait été demandé d'augmenter le nombre de ses visites aux médecins et hôpitaux, de 3,5 à 5 par jour. Selon le témoin, elle aurait pu s'adapter au nouveau système dit « go to market ». Le témoin a encore exposé avoir lui-même remis à T___ les deux projets de convention, libellés en allemand ; il avait également dû prendre contact avec le docteur A___, à la demande de sa supérieure, afin qu'il établisse un certificat médical portant sur une période de six mois, ce que ce praticien avait refusé de faire. H___ a dit ignorer pour quelles raisons la demanderesse avait été licenciée. Il ignorait aussi qu'elle souhaitait pouvoir continuer d'allaiter son enfant.

p. Après avoir écarté comme tardifs une écriture et un chargé complémentaires de la défenderesse, les premiers juges ont partiellement admis ses prétentions. Ils ont, en substance, considéré que l'employeur avait licencié T___ parce qu'il ne voulait pas aménager ses conditions de travail à la nouvelle situation personnelle de son employée. Il s'agissait donc d'un congé repréailles, qui toutefois ne contrevenait pas à la loi sur l'égalité. Une indemnité égale à deux mois de salaire devait être allouée à l'employée, étant précisé que celle-ci devait facilement pouvoir se réinsérer professionnellement.

Les premiers juges ont pris comme base de calcul de cette indemnité le salaire brut et le bonus variable, mais ni les *incentives* ni les indemnités pour les frais professionnels. Ils ont rejeté la demande d'indemnité pour les vacances non prises en janvier 2008. Ils ont aussi rejeté la demande de restitution des sommes retenues par l'employeur pour les exercices 2007 et 2008.

q. E___ AG appelle de cette décision et reprend, à l'appui de ses écritures, ses allégués et son argumentation de première instance. L'employeur estime que les premiers juges ont violé l'art. 8 CC et que leur décision est incompréhensible. Hormis l'indemnité de 398 fr. 45 pour les vacances non prises durant l'exercice 2006, l'appelante conteste devoir quoi que ce soit à son ancienne employée.

r. T___ forme appel incident. Elle persiste également dans ses allégués et son argumentation de première instance. Elle modifie toutefois son calcul de l'indemnité pour vacances non prises durant les exercices 2007 (13'296 fr. 70 et non plus 15'540 fr) et 2008 (1'106 fr. 50 et non plus 1'294 fr). Elle conteste avoir eu de la facilité à retrouver du travail après son licenciement, contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges. Elle avait alors 41 ans, ce qui rendait sa réinsertion difficile ; en outre les circonstances dans lesquelles elle avait été licenciée étaient particulièrement critiquables ; enfin, son ex-employeur donnait sur elle de mauvais renseignements, ce qui rendait encore plus aléatoires ses recherches d'emploi.

s. La Cour a entendu les parties en comparution personnelle. Celles-ci ont persisté dans les termes de leurs écritures. T___ a précisé qu'elle avait initialement prévu d'allaiter son enfant durant deux à trois mois ; elle l'avait fait durant huit mois, puisqu'elle ne pouvait pas travailler, et elle avait cessé ensuite, parce qu'elle prenait des antidépresseurs. Le représentant de E___ AG, I___, a indiqué que la décision de licenciement avait été prise le 1^{er} juin 2007, lorsque la direction avait décidé de réduire les effectifs du personnel dans le cadre du nouveau système « go to market ». Il a contesté que de mauvais renseignements aient été donnés concernant T___ . En ce qui concerne le paiement de la retenue de 10 % opérée sur le salaire en 2007 et en 2008, I___ a indiqué

qu'en pointant les pièces du dossier dans le cadre de la présente procédure, il s'était aperçu qu'en 2006 E___ AG avait payé par erreur à T___ le 100% de son salaire, en omettant ainsi d'opérer la réduction de 10 % consécutive à l'incapacité de travail. Il convenait donc de compenser les prétentions de l'intimée concernant la restitution pour les exercices ultérieurs, avec les montants qui lui ont été payés par erreur en 2006.

t. A l'issue de l'audience un délai a été imparti à l'intimée pour produire des pièces complémentaires et à l'appelante principale pour se prononcer, puis ensuite la cause a été retenue à juger.

EN DROIT

1. Déposé selon la forme et dans le délai prescrits par l'art. 59 LJP, l'appel est recevable. L'appel incident l'est également (art. 62 al. 1 LJP).

2. L'intimée soutient que le congé qui lui a été notifié par courrier du 2 août 2007, respectivement du 27 octobre 2007, pour le 31 janvier 2008, est abusif au sens de l'art. 226 al. 1 lit. d CO ; il intervient en effet quelques semaines après qu'elle ait écrit à l'employeur pour lui demander de pouvoir disposer d'aménagements temporaires dans l'organisation de ses activités, pour allaiter son enfant (mémoire introductif d'instance lit. B chiffre 1 de la partie en droit).

Les premiers juges ont rappelé de manière appropriée les principes découlant de la jurisprudence et de la doctrine à propos du licenciement abusif, du droit des travailleuses de voir leurs conditions de travail aménagées pour pouvoir allaiter leur enfant, ainsi que les dispositions topiques de la loi fédérale sur l'égalité entre femme et hommes, de sorte que la Cour entend s'y référer,

En l'espèce, l'intimée considère que la proximité chronologique entre son courrier du 6 juin 2007 – par lequel elle informait l'employeur de sa décision de continuer à allaiter son enfant après la reprise du travail et par conséquent de sa décision de travailler de-

puis son domicile – et la première lettre de licenciement, du 2 août 2007 (que celle du 27 octobre 2007 ne faisait que reprendre) constitue un indice déterminant de la volonté de l'employeur d'exercer des représailles, en réaction aux légitimes prétentions émises dans la lettre du 6 juin 2007.

Il convient tout d'abord de relever que lors de l'envoi de ce courrier, l'intimée était restée muette depuis près d'un an quant au choix que l'employeur lui demandait d'opérer entre une reprise de son activité à temps complet ou une résiliation des rapports de travail, ce qui n'a certainement pas favorisé une réflexion utile quant aux conditions de sa reprise d'activité. En outre, le courrier du 6 juin 2007 ne formule pas de prétentions, mais il annonce la décision prise unilatéralement par l'intimée de travailler depuis son domicile, une fois son congé de maternité terminé.

Si l'on fait abstraction de ces circonstances et en particulier du caractère unilatéral de la démarche, pour admettre que l'intimée aurait bel et bien formulé la prétention – c'est-à-dire la demande - de pouvoir travailler à domicile pour allaiter son enfant, il faut alors relever que les dispositions y relatives de la Loi fédérale sur le travail ne donnent pas à la travailleuse le droit d'exercer son activité à son domicile, mais uniquement celui de disposer d'un temps et d'un lieu adéquats pour allaiter son enfant, durant la première année de vie de celui-ci. On ne saurait dès lors admettre qu'une telle exigence constitue une prétention résultant du contrat de travail, au sens de l'art. 336 al. 1 lit. c ou d CO.

Enfin, et surtout, l'intimée ne prend pas en considération le fait qu'au début de l'année 2006, soit plusieurs mois avant juin 2006, l'appelante avait entamé le processus d'une importante réorganisation, qui allait aboutir, à partir du 1^{er} juin 2007, à une notable réduction du personnel de vente qui, à l'instar de l'intimée, travaillait sur le terrain (déclaration G___ le 13 novembre 2008 ; déclaration I___ le 9 décembre 2009). Dans ce contexte, il est tout à fait vraisemblable qu'à ce moment-là, des motifs objectifs - tels que la très longue période d'absence de l'intimée, pour raison de maladie puis de grossesse et, partant, son ignorance des nouvelles structures mises en place - ont conduit l'employeur à la licencier, quelles que soient par ailleurs les compétences qui étaient les

siennes lorsqu'elle était active, entre 2003 et 2005, et qui ne sont pas remises en discussion. Il s'agissait en effet de privilégier les collaborateurs qui avaient pu participer à la mise en place de la nouvelle structure et qui par conséquent étaient mieux aptes à s'y insérer. Les éléments rappelés plus haut suffisent pour admettre que la décision de licencier l'intimée était déjà prise lorsque cette dernière a envoyé son courrier du 6 juin 2007. Il n'est au surplus pas nécessaire de procéder à une nouvelle audition de G___ destinée à lui permettre de confirmer, le cas échéant, l'envoi de son courriel du 18 mai 2007, produit pour la première fois devant la Cour par l'appelante.

En un tel contexte, la relative proximité chronologique entre le courrier de l'intimée du 6 juin 2007 et la première lettre de licenciement du 2 août 2007 n'est pas déterminante et elle ne constitue pas un indice de la volonté de l'employeur d'exercer des représailles. Par identité de motif, et faute d'éléments qui feraient en outre apparaître la décision de l'appelante comme discriminatoire, le congé ne viole pas non plus la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes.

Le licenciement du 2 août 2007, intervenu en période d'empêchement de travailler, a par la suite été retiré, pour être notifié à nouveau ultérieurement, soit le 27 octobre 2007 pour le 31 janvier 2008. Le licenciement du 27 octobre 2007 est valable et les prétentions de l'appelante en paiement d'indemnités (art. 336 a CO) doivent être rejetées.

3. A teneur de l'art. 329b al. 1 CO l'employeur est autorisé à certaines conditions à réduire la durée des vacances de l'employé à raison d'un douzième de cette durée par mois complet d'absence. L'alinéa 2 de cette disposition prescrit que, lorsqu'au cours d'une année de service le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part, notamment pour cause de maladie, durant moins d'un mois, l'employeur ne peut pas réduire la durée des vacances selon le principe posé à l'alinéa précédent. Il ne peut pas non plus opérer cette réduction s'agissant d'une travailleuse empêchée de travailler durant moins de deux mois en raison d'une grossesse. Il peut être dérogé à ces dispositions par convention collective de travail ou contrat-type, pour autant que des conditions équivalentes soient offertes au travailleur.

L'art. 18.7 de la CCT applicable au présent contrat de travail dispose que l'employeur peut réduire la durée des vacances en cas d'absence pour cause de maladie (à l'exception des maladies professionnelles), de grossesse, de couches ou d'accidents non professionnels, si les absences excèdent trois mois par année civile. Cette disposition ne traite pas du congé de maternité.

En l'espèce, l'intimée avait droit, depuis mars 2006, à 28 jours de vacances par an. Pour l'année 2006 elle indique un solde de vacances non prises de 5,5 jours, pour 2007 la totalité des 28 jours et pour 2008 la totalité également, au pro-rata de la durée résiduelle du contrat, soit 2,33 jours.

3.1. Pour l'exercice 2006, les premiers juges, après avoir opéré les réductions prévues par la CCT, ont considéré que l'intimée avait encore droit à 0,84 jour de vacance, ce qui représentait un montant de 398 fr. 45. Ce calcul est admis par les parties et partant, le jugement sera confirmé sur ce point, en ce sens qu'il sera donné acte à l'appelante de son engagement de payer ce montant.

3.2. Pour 2007, les premiers juges ont relevé, sur la base des attestations médicales versées au dossier, que l'intimée avait été en incapacité de travail onze mois ; après déduction de la période de carence de trois mois prévue par la CCT, la réduction à opérer sur les 28 jours de vacances était de 8/12èmes, soit 18,66 jours, de sorte que l'indemnité pour vacances, sur les 9,34 jours restant, ascendait à 4'435 fr. 40.

Au vu de l'attestation établie par le docteur B___ le 21 septembre 2007 qui décrit l'état d'épuisement de sa patiente à cette époque-là, et relève que ses séjours dans sa famille ont un but de convalescence, la Cour considère, à l'instar des premiers juges, que ces séjours dans le Sud-Ouest de la France ne peuvent pas être assimilés à des vacances. Le calcul des premiers juges sera toutefois modifié, dans la mesure où il inclut les seize semaines afférentes au congé de maternité dans la période d'incapacité pertinente pour le calcul de la réduction. En effet, l'art 18.7 CCT ne vise pas l'hypothèse du congé de

maternité. Ainsi, des onze mois d'incapacité en 2007 il faut non seulement déduire les trois mois de la période de carence, mais encore les quatre mois du congé de maternité. La réduction sur les 28 jours de vacances sera de 4/12èmes, soit 9,33 jours. Le salaire mensuel brut de l'intimée, augmenté d'un douzième du bonus versé s'est élevé en 2007 à 10'304 fr. 60 et l'indemnité correspondant à 28 jours de vacances était de $(10'304,60 / 21,75 \times 28 =) 13'265 \text{ fr. } 70$. L'indemnité correspondant aux 18,67 jours restant sera de $(13'265,70 / 28 \times 18,67 =) 8'845 \text{ fr. } 40$.

3.3. Pour l'année 2008, les relations de travail ont duré un mois, durant lequel l'intimée aurait au droit à $28 / 12 = 2,33$ jours de vacances. Les premiers juges ont écarté à tort la prétention de l'intimée tendant au versement d'une indemnité pour cette période, au motif que la lettre de licenciement dispensait l'employée de travailler, de sorte qu'elle aurait pu prendre ses vacances. Il s'agit d'une simple hypothèse, qui doit être écartée. En réalité l'intimée était en incapacité totale de travailler, et c'est sous cet angle que doit être abordé le calcul de son droit au salaire. Ainsi, ces 2,33 jours de vacances conduisent au versement d'une indemnité de $(13'265,70 / 28 \times 2,33 =) 1'103 \text{ fr. } 90$.

4. Selon les modalités de l'assurance conclue par l'appelante en faveur de son personnel prévoyant le versement d'indemnités journalières en cas de maladie, le 90% du salaire est versé dès le 61^{ème} jour d'incapacité et durant 670 jours.

L'appelante entend compenser les prétentions élevées par l'intimée en restitution des retenues opérées sur son salaire pour les exercices 2007 et 2008 avec des paiements qu'elle estime avoir faits par erreur pour l'exercice 2006, où nonobstant les périodes d'incapacité, le salaire a été intégralement versé. La Cour est d'avis qu'il n'y a pas matière à compensation : la compensation suppose que les deux dettes concernées par l'opération sont exigibles. Aucun élément du dossier ne permet de retenir que l'appelante a versé par erreur l'entier de son salaire à l'intimée pour l'année 2006. Il n'est donc pas établi qu'elle possède envers l'intimée une créance exigible fondée sur l'art. 62 CO qui puisse être opposée en compensation.

4.1. Les premiers juges ont constaté, au vu des relevés de salaire versés au dossier, que pour les mois de février et mars 2007 l'employeur avait opéré une réduction de 10% du salaire, alors que l'employée n'était en incapacité de travail qu'à raison de 50 %, de sorte qu'il convenait de restituer 898 fr. à l'employée.

La Cour observe, selon les certificats médicaux versés au dossier, que l'intimée a été en incapacité de travail à 50 % en février et jusqu'au 15 mars 2007, puis à 100 % ensuite. Pour les quinze derniers jours de mars, la déduction de 10 % était justifiée. L'appelante devra donc verser uniquement les trois quarts du montant retenu pour cette période, soit $(898 / 4 \times 3 =) 673$ fr. 50.

4.2. Pour la période allant de novembre 2007 à janvier 2008, les premiers juges ont avec raison statué que les retenues de 10% opérées par l'employeur étaient justifiées, puisque l'employée était alors en totale incapacité de travail. Il n'y a pas lieu de tenir compte du fait que la lettre de licenciement dispensait l'employée de venir travailler, puisqu'il ne s'agit d'une hypothèse qui ne s'est pas réalisée.

Au vu de ce qui précède, les points 3 à 5 ainsi que 8 du jugement entrepris seront annulés ; l'appelante devra verser à l'intimée les montants suivants, bruts, avec intérêts à 5 % l'an à la date moyenne du 1^{er} janvier 2007 :

- 398 fr. 45 au titre d'indemnité pour vacances non prises en 2006 ;
- 8'866 fr. au titre d'indemnité pour vacances non prises en 2007 ;
- 1'106 fr. au titre d'indemnité pour vacances non prises en 2008 ;
- 663 fr. au titre de restitution de la retenue opérée sur le salaire de février et mars 2007.

Les autres points du dispositif du jugement seront confirmés.

5. L'intimée a avancé en date du 8 juin 2009 un émolument de 880 fr. pour son appel incident. Compte tenu de la solution ci-dessus adoptée, qui lui donne partiellement gain

de cause, la moitié de cet émolument restera à sa charge, l'autre moitié devant être supportée par l'appelante principale.

PAR CES MOTIFS

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

A la forme :

Reçoit l'appel principal formé par E___ AG et l'appel incident formé par T___ contre le jugement rendu le 16 mars 2009 par la Tribunal des Prud'hommes dans la cause n° C/180652008 – 5.

Au fond :

Annule les points 3 à 5 ainsi que 8 de ce jugement et le confirme pour le surplus.

Statuant à nouveau sur les points précités :

Donne acte à E___ AG de son accord de verser à T___ la somme de 398 fr. 45, avec intérêts à 5% l'an à dater du 1^{er} janvier 2007, date moyenne, au titre d'indemnité pour vacances non prises en 2006.

L'y condamne en tant que de besoin.

Condamne E___ AG à verser à T___ les montants suivants, bruts et avec intérêt au taux annuel de 5% dès le 1^{er} janvier 2007, date moyenne :

- 8'845 fr. 40 au titre d'indemnité pour vacances non prises en 2007 ;
- 1'103 fr. 90 au titre d'indemnité pour vacances non prises en 2008 ;
- 673 fr. 50 au titre de restitution de la retenue opérée sur le salaire de février et mars 2007.

Laisse à la charge de T___ la moitié de l'émolument d'appel de 880 fr. qu'elle a avancé le 8 juin 2009, soit 440 fr.

Condamne E___ AG à payer le solde de cet émolument, soit 440 fr.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

La présidente