



E _____
Dom. élu : Me Bogdan PRESILEVICH
Rue Sautter 29
1205 Genève

Mme T _____
Rue _____

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

du 7 février 2008

M. Louis PEILA, président

MM. Emile BATTIAZ et Kurt WIPRAECHTIGER, juges employeurs

Mme Marianne LOTTE et M. Mohammad-Ali DAFTRY, juges salariés

M Chantal MARGAND, greffière d'audience

EN FAIT

- A.** Par demande déposée au greffe de la juridiction des prud'hommes le 16 octobre 2006, T_____ a sollicité de E_____ le paiement de 21'771 fr. 50, correspondant à un solde de salaire pour avril 2006 (1'301.90 fr. net), aux salaires de mai à août 2006 (4'301 fr. 90 net par mois) et à des indemnités de vacances (3'261. fr. 99).

Le 7 novembre suivant, elle a réduit ses prétentions, ne sollicitant plus que 19'180 fr. 89, pour les mêmes postes que ci-dessus, mais en fixant des montants bruts pour les salaires de mai à août 2006 (20'000.- fr.), en sollicitant le remboursement de frais (990 fr. 50) et en déduisant 6'373 fr. 50 versés le 30 octobre 2006.

T_____ a, par la suite, amplifié ses conclusions, en réclamant encore fr. 25'000 à titre de salaire pour les mois de septembre 2006 à janvier 2007, soit jusqu'au terme de son incapacité de travail.

- B.** Par jugement du 16 août 2007, notifié le 21 août 2007, le Tribunal des prud'hommes a condamné E_____ à verser à T_____ 50'627 fr. 20 brut (inclus 3'627 fr. 20 à titre de vacances), plus intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} novembre 2006, sous déduction de 6'373 fr. 50 net, versés le 30 octobre 2006.

Le Tribunal a reconnu, en substance, que l'employeur était débiteur des salaires impayés jusqu'à la fin du contrat de travail, qu'il a fixé au 30 septembre 2006, puis jusqu'à la fin de l'incapacité de travail de l'employée, arrêtée au 31 janvier 2007, en raison de la couverture d'assurance promise qui avait été contractée en faveur de cette dernière, laquelle ne lui avait toutefois pas été versée en raison des carences de E_____ dans le versement des cotisations ad hoc; les premiers juges ont également accordé à T_____ 3'627 fr. 20 à titre d'indemnité pour 12,63 jours de vacances non pris.

- C.** Par acte expédié au greffe des prud'hommes le 21 septembre 2007, E_____

appelle de cette décision et conclut au déboutement de T____. Elle ne conteste pas l'état de fait dressé par les premiers juges, mais considère que la réalité de l'incapacité de travailler alléguée son ancienne employée est sujette à caution, rappelant qu'elle avait sollicité une expertise médicale auprès de A____ et que le certificat médical produit n'a été établi que sept jours après la survenance de l'incapacité, ce qui le rend suspect.

E____ ajoute que la Juridiction des prud'hommes a admis à tort qu'elle avait l'obligation de conclure une assurance perte de gain en faveur de T____, partant de lui allouer des dommages-intérêts pour son inexécution. Selon elle, la source d'une telle obligation ne peut être que conventionnelle et, en l'espèce, la preuve d'un échange de manifestations réciproques et concordantes des volontés à ce sujet n'a pas été apportée.

E____ fait en outre valoir que la période de protection de 30 jours de l'art. 336c al. 1 CO s'étend du 1er au 31 juillet 2006, qu'elle a commencé à courir le 13 juillet 2006 et est arrivée à échéance le 1er août 2006 (30 jours), que le lendemain, le délai de congé reprend son cours pour 19 jours supplémentaires et que par conséquent, la fin du délai de congé est à reporter au 31 août et non au 30 septembre 2006.

Elle conclut subsidiairement à la mise sur pied d'une expertise médicale destinée à établir la réalité de l'empêchement de travailler invoqué par l'intimée du 13 juillet 2006 au 31 janvier 2007.

Dans sa réponse, T____ s'est opposée à la requête en expertise, concluant subsidiairement à ce que l'avance des frais soit faite par E____. Pour le surplus, elle a conclu à la confirmation intégrale de la décision entreprise.

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

a) T____ a été engagée par E____ dès le 15 décembre 2005, pour un salaire mensuel brut de 5'000 fr. Aucun contrat n'a été signé à cette occasion. T____ a affirmé que son engagement correspondait à un emploi à 80%.

b) Par courrier du 26 janvier 2006, E_____ a informé B_____ de l'engagement de T_____, la priant de l'inclure dans le calcul des primes et de lui faire parvenir, le cas échéant, un formulaire d'annonce.

c) Par déclaration d'assurance LPP du 30 mars 2006, E_____ a annoncé l'affiliation de T_____ auprès de la même assurance.

d) Il ressort des décomptes salaire adressés par E_____ à T_____, de janvier à juillet 2006, que les charges sociales usuelles étaient dûment retenues (AVS, AC, assurance maternité, cotisations APG femmes, participation ANP et LPP fixe).

e) Par courrier daté du 1^{er} juin 2006, mais expédié le 5 du même mois, E_____ a licencié T_____ pour le 1^{er} juin, ajoutant que le mois de juin serait payé si telle était l'exigence du droit suisse.

f) T_____ s'est trouvée en incapacité de travail complète, pour cause de maladie, à compter du 13 juillet 2006, selon certificat médical du 20 juillet 2006.

g) Il ressort d'une correspondance adressée par A_____ à E_____, du 2 février 2007, qu'à réception de l'annonce de maladie dûment complétée, le 30 novembre 2006, l'assurance avait sollicité du médecin traitant de T_____ des renseignements médicaux complémentaires et que, sur la base des renseignements obtenus, son médecin-conseil avait confirmé l'incapacité actuelle de l'assurée.

h) T_____ a produit, le 19 février 2007, des certificats médicaux dressés les 15 janvier, 6 février et 14 février 2007 par son médecin, le Dr C_____, lesquels confirment qu'elle était en totale incapacité de travail pour cause de maladie dès le 13 juillet 2006, date de sa première consultation. Ce médecin a précisé qu'il avait adressé à l'assurance perte de gain de l'employeur un certificat médical circonstancié.

i) Par courrier du 25 janvier 2007, A_____ a rappelé à E_____ qu'elle n'avait

plus payé de primes et que, par conséquent, elle n'avait plus de couverture d'assurance depuis le 19 juin 2006 à ce jour, de sorte qu'elle ne verserait aucune prestation si l'un de ses employés devenait incapable de travailler durant ce temps. Elle ajoutait qu'elle ne verserait aucune prestation en faveur de T____, dont l'incapacité de travail commençait précisément durant cette période.

j) E____ a reconnu en audience, le 29 janvier 2007, qu'elle n'avait pas établi de décompte de vacances.

EN DROIT

1. *1.1.* Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi (art. 59 LJP), l'appel est recevable.

1.2. 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. Elle l'est également à raison du lieu, dès lors que tant le siège de la recourante que le lieu habituel de travail de l'intimée se trouvent dans le canton de Genève (art. 24 et 34 al. 1 de la loi fédérale sur les fors en matière civile).

2. L'appelante soutient que la fin des rapports de travail doit être fixée au 31 août 2006, alors que le Tribunal des Prud'hommes a retenu faussement la date du 30 septembre 2006.

2.1 En matière de contrat de travail, la loi en vigueur repose sur le principe de la liberté du congé. Chaque partie a le droit de résilier sans indication de motif un contrat de travail conclu pour une durée indéterminée. Elle doit cependant respecter les termes et délais aux termes de l'art. 335 c al. 1 CC, ainsi que les autres règles énoncées aux articles 336 et suivants CO.

2.2. Selon la jurisprudence, le délai légal ou conventionnel de congé au sens de l'art. 336c al. 2 CO ne commence pas à courir dès la réception de la

résiliation ; il doit être calculé rétroactivement à partir de l'échéance du contrat. Si le licenciement est intervenu dans un délai plus long que le délai de congé minimum prévu par la loi, ce dernier délai est seul déterminant sous l'angle d'une résiliation en temps inopportun au sens de l'article 336c CO ; ainsi, le temps écoulé entre le début du délai de congé ouvert par la résiliation et le début du mois où commence le délai de congé minimum ne compte pas (ATF du 20 juillet 1994, publié *in* SJ 1995, p. 801 ; ATF 119 II 449, consid. 2a et 3b, et les références citées = JdT 1995 I, p. 27 ; ATF 115 V 437).

2.3. L'art. 336c al. 2 CO accorde au travailleur qui se trouve dans l'une des situations mentionnées au premier alinéa de cette disposition le bénéfice d'un délai de congé complet, afin qu'il ait la possibilité de chercher un nouvel emploi. Le troisième alinéa du même article ne vise, en revanche, qu'à faciliter en pratique le changement d'emploi, en le faisant intervenir, non pas à l'expiration – antérieure – du délai de congé suspendu, mais au terme normalement prévu pour la cessation des rapports de travail (ATF 109 II 330, consid. 2b, et les références citées ; cf. FF 1967 II 249 ss). C'est en considération du but différent assigné aux al. 2 et 3 de l'article 336c CO qu'il convient d'opérer une distinction selon que la nouvelle incapacité de travail intervient encore dans le délai de congé prolongé ou seulement durant le laps de temps supplémentaire courant jusqu'au prochain terme. Une suspension du délai de congé ne se justifie, par conséquent, que dans la première de ces deux hypothèses (ATF 124 III 474, consid. 2a).

En l'espèce, l'intimée se trouvait dans sa première année de service lorsqu'elle a reçu son congé. A défaut d'un accord contractuel contraire, son délai de congé était donc de 30 jours.

Le congé lui a été signifié par courriel du 5 juin 2006, reçu le même jour. Selon les dispositions légales susmentionnées, le délai de congé d'un mois a commencé à courir le 1^{er} juillet pour 12 jours jusqu'au 13 juillet, date où il a été suspendu pendant 30 jours, jusqu'au 11 août 2006. Il a recommencé à courir le 12 août pour les 18 jours restant, soit jusqu'au 29 août. Le congé ne valant que pour la fin d'un mois, il a été repoussé en l'espèce au 31 août 2006. La décision entreprise sera modifiée en conséquence, puisque les

premiers juges avaient retenu la date du 30 septembre 2006.

3. 3.1 L'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective (art. 322 al. 1 CO).

3.2 En l'espèce, cette constatation ne change rien au salaire dû à l'intimée, puisque l'appelante est couverte jusqu'au 31 janvier 2007, que ce soit à titre de salaire ou d'indemnités, le montant en cause étant dans les deux cas identiques. La date de fin des rapports de travail n'aura d'incidence que pour le calcul des vacances, ainsi qu'il en sera fait état ci-après.

4. 4.1 Selon l'art. 329a CO, l'employeur accorde au travailleur, chaque année de service, quatre semaines de vacances au moins (al. 1), étant précisé que les vacances sont fixées proportionnellement à la durée des rapports de travail lorsque l'année de service n'est pas complète (a. 3).

Lorsque le taux d'activité du travailleur est de 80% et que le droit aux vacances applicable est de quatre semaines par année, le nombre de jours de vacances dus est de 1.33 jours par mois de service.

A teneur de l'art. 329d alinéa 1 CO, l'employeur verse au travailleur le salaire total afférent aux vacances et une indemnité équitable en compensation du salaire en nature. Tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages (art. 329d al. 2 CO).

4.2 En l'espèce, à défaut d'un accord contractuel contraire, l'intimée avait donc droit à quatre semaines de vacances par année, le calcul portant sur l'entier de la durée des rapports de travail, l'appelante ayant reconnu n'avoir dressé aucun décompte de vacances pour l'intimée qui de son côté, a affirmé ne pas en avoir pris.

Sont donc en cause huit mois et demi, au regard d'un emploi à 80 %, qui représentent 11.3 jours de vacances (1,33 x 8,5) ou 3'245 fr. 25 brut (5'000. fr /17.41 x 11.30). La décision querellée sera modifiée en conséquence, soit une réduction de 381 fr. 95 (3'627 fr. 20 - 3'245 fr. 25).

5. L'appelante remet par ailleurs en cause la réalité de l'incapacité de travail de l'intimée.

5.1 C'est au salarié qu'il incombe d'apporter la preuve d'un empêchement de travailler au sens de l'art. 324a CO (art. 8 CC). En cas de maladie, d'accident ou de grossesse, celui-ci aura le plus souvent recours à un certificat médical.

Un tel document ne constitue pas un moyen de preuve absolu ; l'employeur peut mettre en cause sa validité en invoquant d'autres moyens de preuve ; inversement, le salarié a la faculté d'apporter la démonstration de son incapacité par d'autres biais. Pourront en particulier être pris en compte pour infirmer une attestation médicale le comportement du salarié et les circonstances à la suite desquelles l'incapacité de travail a été alléguée (empêchement consécutif à un congédiement ou au refus d'accorder des vacances au moment désiré par le salarié ; absences répétées ; production de certificats émanant de permanences ou de médecins reconnus pour leur complaisance, présentation d'attestations contradictoires, etc.).

La mise en doute de la véracité du certificat médical suppose néanmoins des raisons sérieuses. Il n'est pas nécessaire que le certificat décrive l'atteinte à la santé, question qui est en principe couverte par le secret médical. L'employeur est cependant en droit de faire vérifier, à ses propres frais, l'existence et le degré de l'empêchement par un médecin conseil. On exigera de lui qu'il requière cet examen sans délai. Sauf exception, le refus du salarié de se soumettre à un tel examen de contrôle pourra être interprété comme l'aveu du caractère non sérieux du certificat produit (ATF du 21 avril 1997 en la cause 4P.112/1996 ; ATF du 12 décembre 1995 en la cause 4P.102/1995, p. 6 ss ; Wyler, Droit du travail, 2002, pp. 162 s. ; Aubert, *in* Code des obligations I, Commentaire romand, 2003, §§ 16 et 17 *ad* art. 324a CO, p. 1708 ; Staehelin, Zürcher Kommentar, n. 9 et 10 *ad* art. 324a CO ; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5^{ème} éd., n. 12 *ad* art. 324a/b CO ; Rehbinder, Berner Kommentar, n. 18 et 19 *ad* art. 324a CO ; Berthoud, Le droit du travailleur au salaire en cas d'empêchement de travailler, p. 111 ; Brunner/Bühler/Waeber/Brucchez, Commentaire du contrat de travail, 3^{ème} éd., n. 3 *ad* art. 324a CO).

5.2 En l'espèce, il ressort de la procédure que, après avoir reçu, tardivement, l'annonce de maladie dûment complétée en novembre 2006, l'assurance perte de gain de l'appelante a demandé à son médecin-conseil de se procurer les informations nécessaires au sujet de l'intimée, et qu'il a conclu qu'elle était en réelle incapacité de travail. Dès lors la présomption dont bénéficie l'intimée est renforcée, de sorte que, en l'absence d'indices sérieux permettant de mettre en doute ces constats médicaux, ce que l'appelante n'a pas été en mesure de faire, il convient de la débouter de ses conclusions tendant à organiser une expertise.

6. L'appelante affirme encore qu'à défaut d'accord entre les parties, la conclusion d'une couverture LPP en faveur de l'intimée ne repose sur aucune obligation légale et peut au mieux être vue comme un acte de complaisance au bénéfice de celle-ci, sans être de nature à fonder une action en dommages-intérêts.

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

Sous réserve des contrats d'une durée indéterminée prévoyant un délai de congé supérieur à trois mois, le droit au salaire dans le cadre des contrats de durée indéterminée, naît le lendemain du jour où la durée des rapports de travail atteint trois mois (Wylér, op. cit., p. 152 ; Aubert, *in* Code des obligations I, Commentaire romand, 2003, §§ 6 et 10 *ad* art. 324a CO, pp. 1706 s. ; Rehbinder, op. cit., *ad* art. 324a CO ; Streiff/von Kaenel, op. cit., n. 2 *ad* art. 324a/b CO).

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 (cf. Wylér, Droit du travail, 2002, p. 165 ; Aubert, op. cit., § 38 *ad* art. 324a CO, p. 1711).

A teneur de l'art. 324a alinéa 4 CO, 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 (Wyler, op. cit., pp. 169 ss). 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), 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 133 = JdT 1971 I, p. 34 ; Aubert, op. cit., § 60 *ad* art. 324a CO, p. 1716).

6.2 En l'espèce, il est établi que l'employeur avait souscrit en faveur de l'intimée une assurance indemnités perte de gain pour maladie, qui garantissait le paiement intégral de son salaire dès le 15^{ème} jour d'une incapacité de travail, selon courrier du 26 janvier 2006. L'appelante avait dûment déclaré à l'assurance que sa nouvelle collaboratrice devait désormais être incluse dans le calcul des primes. Il en résulte que l'appelante a, de ce fait, promis à l'intimée une couverture d'assurance en cas d'incapacité de travail. Conformément à cet accord, qui résulte des circonstances, l'appelante a retenu sur le salaire mensuel de l'intimée les cotisations ad hoc, qu'elle n'a toutefois pas reversées à l'assurance. Il s'ensuit qu'elle s'est obligée envers l'intimée, et doit respecter ses engagements. Les carences administratives de l'appelante ne sauraient profiter à cette dernière. Elle sera donc déboutée de ses conclusions tendant à être libérée du paiement des indemnités dues à l'intimée de septembre 2006 à janvier 2007.

7. L'appelante succombant pour ainsi dire intégralement, l'émolument versé reste acquis à l'Etat.

Par simplification, le dispositif sera intégralement repris.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 3,

A la forme :

- Déclare recevable l'appel formé le 21 septembre 2007 par E_____ contre le jugement rendu le 16 août 2007 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/24488/2006 – 3.

Au fond:

- annule ledit jugement;

Puis statuant à nouveau :

- condamne E_____ à payer à T_____ la somme brute de 50'245 fr. 25 (cinquante mille deux cent quarante-cinq francs et vingt-cinq centimes), plus intérêts à 5% l'an dès le 1er novembre 2006, sous déduction de 6'373 fr. 50 net (six mille trois cent septante-trois francs et cinquante centimes).

- Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le Président