



E_____ SA

_____ Plan-les-Ouates

Partie appelante

T_____

_____ Genève

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 12 novembre 2010

M. Guy STANISLAS, président

MM. Claudio PANNO et Jean RIVOLLET, juges employeurs

MM. Eric BOSONNET et François DEWARRAT, juges salariés

Mme Laurence LANG

EN FAIT

A. Par contrat du 1^{er} mai 2008, E_____ SA (ci-après « E_____ SA »), société active dans la fourniture de services informatiques, a engagé T_____ en qualité de conseiller commercial, moyennant un salaire mensuel brut de Fr. 4'000.- et un commissionnement selon des critères convenus entre les parties.

B. Par courrier du 7 novembre 2008, E_____ SA a informé T_____ qu'elle était sans nouvelles de sa part depuis maintenant deux jours sans que cette absence devait être justifiée. L'employée, qui s'est trouvée en incapacité de travail à compter du 6 novembre 2008, a alors transmis à son employeur plusieurs certificats médicaux attestant une incapacité à partir du 6 novembre 2008 jusqu'au 10 décembre 2008. Le dernier certificat médical, établi le 5 décembre 2008, fait état d'une incapacité de travail « à évaluer le 10 décembre 2008 ». Les certificats médicaux ont été transmis par le compagnon de T_____ qui a précisé, par courriel du 18 novembre 2008, que l'employée se trouvait en dépression.

C. Par courrier du 12 décembre 2008, E_____ SA a informé son employée que le dernier certificat médical consignait une incapacité échéant le 10 décembre 2008, l'employée étant alors invitée à justifier son absence depuis cette date. T_____ était également invitée à transmettre les originaux des certificats médicaux pour communication à l'assurance perte de gain. Par courrier du 15 décembre 2008, le compagnon de T_____ a transmis les originaux des certificats médicaux établis pour la période du 6 novembre au 10 décembre 2008.

D. T_____ fut licenciée avec effet immédiat par courrier du 17 décembre 2008. A l'appui de sa décision, l'employeur indiquait ne pas avoir reçu de justifications des absences depuis le 10 décembre 2008, et ceci en dépit d'un courrier de mise en demeure notifié le 12 décembre 2008. Il invoquait un abandon de poste justifiant un licenciement immédiat pour justes motifs.

E. T_____ s'est opposée à ce licenciement par communication de son syndicat du 19 décembre 2008. Etait joint à cette communication un certificat médical établi par le médecin-traitant de l'employée, le 10 décembre 2008, attestant une incapacité de travail pour une durée indéterminée.

L'incapacité de travail de l'employée a perduré jusqu'au 26 janvier 2009, selon les certificats médicaux transmis à l'employeur.

F. L'employeur a versé à T_____ les montants suivants :

- pour le mois de novembre 2008, un montant net de Fr. 2'686.75 correspondant à un salaire brut de Fr. 3'000.- (80% x 4'000.-) sous déduction de charges sociales pour Fr. 313.25 ;

- pour le mois de décembre 2008, un montant net de Fr. 979.90 correspondant à un salaire brut de Fr. 1'113.05, sous déduction de charges sociales pour Fr. 133.15 ;

- pour le mois de janvier 2009, un montant net de Fr. 2'282.10 correspondant à un montant brut de Fr. 4'000.-, d'une indemnité de vacances de Fr. 1'534.20, sous déduction de charges sociales pour Fr. 516.10 et des indemnités de perte de gains reçues de l'assurance pour un montant de Fr. 2'736.-.

T_____ a également reçu de son employeur, à la fin mars 2009, un montant de Fr. 3'262.- correspondant aux indemnités journalières versées par l'assurance à l'employeur pour le mois de janvier 2009.

G. Par assignation du 24 avril 2009, T_____ a réclamé à son employeur le paiement des sommes de (i) Fr. 184.30 à titre de solde de salaire pour le mois de novembre, (ii) Fr. 2'086.95 à titre de solde de salaire pour le mois de décembre, (iii) Fr. 8'000.- à titre d'indemnité pour résiliation immédiate injustifiée, (iv) Fr. 1'843.- pour les jours de vacances non pris en nature en 2008. A l'appui de sa réclamation, elle a indiqué que son état de dépression l'empêchait d'avoir des contacts téléphoniques avec son employeur, mais qu'elle avait transmis, au fur et à mesure, les certificats médicaux établis par le médecin-traitant.

H. E_____ SA s'est opposée à la demande. Elle a indiqué avoir dû, au début de l'absence, déjà réclamer un certificat médical dès lors que son employée n'avait pas justifié son absence. Elle a précisé que les certificats médicaux, dont les copies lui étaient remises par son employée, consignaient une période d'incapacité échéant le 10 décembre 2008 et que l'employée n'avait pas justifié son absence au-delà de cette période, cette circonstance méritant un licenciement pour abandon de poste. L'employeur a également indiqué avoir remis à son employée les prestations d'assurance perte de gain reçues à cet effet.

I. Par jugement du 30 mars 2010, le Tribunal des prud'hommes a considéré que le licenciement immédiat notifié à l'employée le 17 décembre 2009 n'était pas justifié, les éléments d'un abandon d'emploi ou de non entrée en service n'étant pas réalisés compte tenu de la pathologie dont souffrait l'intéressée. T_____ était donc habilitée à recevoir son salaire, ou des prestations d'assurance en cas de régime dérogatoire, jusqu'au 31 janvier 2009 et ceci à compter du premier jour de maladie conformément aux stipulations contenues dans le contrat de travail. De plus, le Tribunal a considéré que l'employé avait droit à une indemnité pour neuf jours de vacances non pris, ainsi qu'une indemnité pour licenciement immédiat injustifié que le Tribunal a fixé à un mois de salaire, soit un montant net de Fr. 4'000.-. Le Tribunal a ainsi condamné E_____ SA à verser à son ancienne employée la somme brute de Fr. 1'332.65, avec intérêts à 5% dès le 24 avril 2009, correspondant au solde de salaire dû pour la période du 1^{er} au 5 novembre 2008 (Fr. 133.33), ainsi qu'à l'indemnité pour neuf jours de vacances non prises (Fr. 1'799.30). De plus, le Tribunal a condamné l'employeur à verser à T_____ la somme nette de Fr. 12'866.70, correspondant au salaire net pour le mois de novembre 2008 (Fr. 2'666.70 : 80% du salaire brut pour la période du 6 au 30 novembre), au salaire net du mois de décembre 2008 (Fr. 3'200.- : 80% de Fr. 4'000.), au salaire net du mois de janvier 2009 (Fr. 3'200.-) et à l'indemnité pour résiliation immédiate injustifiée (Fr. 4'000.-), le tout sous déduction des montants bruts de Fr. 7'513.05 déjà reçus par l'employée.

J. A l'encontre de ce jugement, notifié le 6 avril 2010, E_____ SA interjette appel par acte déposé au Greffe de la Juridiction des prud'hommes le 7 mai 2010. A l'appui de son appel, l'appelante fait grief au Tribunal d'avoir retenu la prise en compte d'une indemnité de vacances pour laquelle l'employée avait déjà reçu un montant brut de Fr. 1'534.20. Il est également fait grief, dans ce contexte, aux premiers juges de ne pas

avoir réduit les vacances compte tenu de l'incapacité de travail de l'employée, réduction de 1.67 jour portant le solde de vacances de l'intéressée à 7.33 jours, lui donnant ainsi droit à une indemnité de Fr. 1'465.40, montant qu'elle avait reçu avec son salaire du mois de janvier 2009.

L'appelante fait également grief au Tribunal de ne pas avoir retenu que les circonstances d'un abandon de poste étaient réalisées, justifiant une résiliation immédiate des rapports de travail dès lors que, en dépit de la mise en demeure qui lui avait été notifiée, l'employée n'avait pas justifié son absence à compter du 10 décembre 2008. L'appelante a également contesté le bien-fondé de l'indemnité pour résiliation immédiate injustifiée d'un montant de Fr. 4'000.-, qui ne prenait pas en considération une faute concomitante de l'intéressée.

E_____ SA a ainsi conclu à l'annulation du jugement entrepris et au déboutement de toutes les conclusions formées par T_____.

Cette dernière n'a pas répondu à l'appel.

K. A l'audience de ce jour, T_____ a reconnu avoir reçu la somme brute de Fr. 1'534.20 à titre d'indemnité vacances. Elle a également indiqué avoir reçu les montants nets de Fr. 2'736.- et Fr. 3'262, respectivement les 5 février et 20 mars 2009, correspondant aux indemnités journalières versées par l'assurance à l'entreprise et rétrocédées à l'employée.

EN DROIT

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

2. L'appelante conteste tout d'abord le bien-fondé de la décision entreprise en tant qu'elle a considéré que le licenciement immédiat notifié à l'employée le 17 décembre 2008 pour abandon de poste était injustifié. L'appelante considère que l'absence de son employée à compter du 10 décembre 2008, non justifiée par un

certificat médical en dépit de la mise en demeure notifiée, doit être assimilée à un abandon de poste.

a) Selon l'article 337 al. 1 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat de travail pour justes motifs. Doivent être considérés comme tels les faits propres à détruire la confiance qu'impliquent dans leur essence les rapports de travail ou à l'ébranler de telle façon que la poursuite du travail ne peut plus être exigée de celui qui a donné le congé. Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (article 337 al. 3 CO). Il applique les règles du droit et de l'équité (article 4 CC). A cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et la responsabilité du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des manquements. Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive et seul manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat (Wyler, Droit du travail, 2^{ème} éd., p. 490 et les réf. citées).

L'absence injustifiée d'un travailleur peut, selon les circonstances, constituer un juste motif de résiliation par l'employeur. Elle peut également tomber sous le coup de l'article 337d al. 1 CO régissant l'abandon d'emploi. Il y a abandon d'emploi au sens de cette disposition lorsque le travailleur quitte son poste abruptement, sans justes motifs, ce qui présuppose un refus conscient intentionnel et définitif de poursuivre l'exécution du travail confié (ATF 121 V 277 consid. 3a p. 281 ; 112 II 41 consid. 2 p. 49). A cet égard, une absence injustifiée de courte durée, s'étendant par exemple sur quelques jours après la fin des vacances, ne peut pas être interprétée comme une rupture des rapports de travail de la part du travailleur (ATF 121 V 277 consid. 3a p. 281-282 et les références) ; il en va de même après une période de maladie (Tribunal des prud'hommes de Zurich, 3 avril 2000, ZR (100/2001) n° 91).

b) L'hypothèse de l'abandon d'emploi doit être écartée en l'occurrence. Les débats ne contiennent aucun indice d'une volonté de la travailleuse de refuser définitivement l'exécution de sa prestation à partir du 10 décembre 2008. En l'espèce, l'intimée, dès réception du courrier recommandé du 12 décembre 2008, a fait transmettre à son employeur les originaux des certificats médicaux précédemment établis. Elle a certes omis d'adresser une copie du certificat médical attestant l'incapacité de travail perdurant au-delà du 10 décembre 2008, mais cette circonstance peut s'expliquer par sa

pathologie. Ce certificat médical, établi par le médecin-traitant le 10 décembre 2008, consignait une incapacité de travail pour une durée indéterminée. Le fait que l'employée ait omis de le remettre immédiatement à son employeur ne saurait constituer un juste motif de licenciement immédiat au regard des circonstances propres du cas d'espèce, ce d'autant plus que l'employeur avait été informé de la pathologie dont souffrait son employée.

C'est donc à bon droit que les premiers juges ont considéré que cette situation ne pouvait être constitutive d'un abandon d'emploi et n'autorisait pas l'employeur à résilier le contrat avec effet immédiat. Le jugement sera sur ce point confirmé.

3.a) En cas de licenciement immédiat injustifié, le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé (article 337c al. 1 CO). Il convient donc d'allouer à l'intimée les éléments de sa rémunération jusqu'au 30 janvier 2009, l'employée étant dans sa première année d'activité et la période de protection de l'article 336c CO étant épuisée lors de la notification du congé (congé intervenu le 17 décembre 2008 et incapacité de travail survenue le 6 novembre 2008). En l'espèce, les parties avaient convenu d'un régime dérogatoire à l'article 324a CO concernant le paiement du salaire en raison d'une incapacité non fautive de travailler, selon lequel l'employée percevait 80% de son salaire à compter du premier jour de maladie. Compte tenu du salaire de l'intéressée, les indemnités journalières s'élevaient ainsi à Fr. 105.50.

b) Pour la période du 1^{er} au 5 novembre 2008, l'employée aurait dû recevoir un montant brut de Fr. 554.- ; pour les périodes du 6 novembre 2008 au 31 janvier 2009, elle aurait dû recevoir les montants nets de Fr. 2'330.- pour le mois de novembre (25 x 105.20), Fr. 3'261.20 pour le mois de décembre (31 x 105.20) et Fr. 3'261.20 pour le mois de janvier (31 x 105.20), soit un montant total de Fr. 9'706.40. L'employée a reçu les montants nets de Fr. 2'886.75 (novembre 2008), Fr. 979.90 (décembre 2008) et Fr. 890.95 (janvier 2009) (Fr.4'000.- brut sous déduction de Fr. 373.25 de charges sociales et Fr. 2'736.- d'indemnités journalières versées par l'assurance). En sus de ces montants nets reçus de son employeur, l'employée a perçu les montants nets de Fr. 2'736.- correspondant aux indemnités journalières du mois de décembre 2008 et Fr. 3'262.- correspondant aux indemnités journalières du mois de janvier 2009. L'employée a ainsi reçu un montant net de Fr. 10'755.40 (Fr. 2'886.75 + Fr. 979.90 +

Fr. 890.75 + Fr. 2'700.36 + Fr. 3'262.-) soit supérieur au montant qui aurait dû lui être alloué. Elle ne peut donc faire valoir aucune réclamation de ce chef.

4.a) L'article 329b al. 2 CO réglemente la réduction des vacances en cas d'incapacité de travail sans faute du travailleur. Selon cette disposition, a contrario, lorsque la durée de l'empêchement de travailler est supérieure à un mois au cours d'une année de service et si elle est provoquée sans qu'il y ait faute de la part du travailleur, par des causes inhérentes à la personne du travailleur telle que la maladie, l'employeur a le droit de réduire la durée des vacances. Dans cette situation, l'employeur pourra, dans le cadre de chaque année de service, opérer une réduction du droit aux vacances d'1/12^{ème} correspondant à chaque mois entier d'absence, après avoir compté un mois d'absence comme mois de travail à titre de délai de grâce.

b) En l'espèce, T_____ a été en incapacité de travail du 6 novembre 2008 au 31 janvier 2009, soit pendant une durée de deux mois et trois semaines. Le droit aux vacances de l'intimée devra donc être réduit d'1/12^{ème}, dans la mesure où son arrêt maladie a duré plus d'un mois complet après le premier mois de grâce. Le droit aux vacances de l'intimée jusqu'au 30 janvier 2009 doit ainsi être réduit de 1.67 jour, portant ainsi le solde des vacances non prises par l'intimée à 7.33 jours (9 – 1.67), donnant droit à une indemnité de Fr. 1'465.40. Avec le salaire de janvier 2009, l'employeur a versé, à titre d'indemnité pour vacances non prises, un montant brut de Fr. 1'534.20, situation que reconnaît l'intimée. Elle ne peut donc recevoir une indemnité pour vacances non prises dès lors qu'elle l'a déjà perçue. Le jugement sera sur ce point réformé.

5. L'appelante conteste enfin l'indemnité pour licenciement immédiat injustifié, au montant de Fr. 4'000.-, octroyée par le Tribunal à l'employée.

a) En cas de résiliation immédiate injustifiée, le juge peut en outre condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité dont il fixera librement le montant en tenant compte de toutes les circonstances (article 337c al. 3 CO). Cette indemnité a une double finalité punitive et réparatrice, revêt un caractère *sui generis* et doit être fixée par le juge en équité. Le Tribunal doit ainsi tenir compte de la durée des rapports de travail, des effets économiques du licenciement qui peuvent aggraver les conséquences de l'atteinte portée aux droits de la personnalité du travailleur, de la gravité de l'atteinte à la personnalité du travailleur, de la gravité de l'atteinte à la personnalité de la personne congédiée et du comportement des parties lors de la résiliation du rapport contractuel (SJ 1999 I 277 ; ATF 123 III 391 ; Wyler, loc. cit., p. 517). Une éventuelle faute concomitante du travailleur est prise en considération et peut donner lieu à réduction, voire à une suppression de l'indemnité lorsque la faute du travailleur est grave, mais insuffisante pour justifier un licenciement avec effet immédiat.

b) En l'espèce, la Cour d'appel considère qu'une indemnité nette de Fr. 3'000.- correspond à une indemnité équitable au sens de la loi. Il sera notamment tenu compte de la faute concomitante de T_____ qui, bien que mise en demeure pour justifier son absence, n'a pas répondu à la sommation de son employeur, créant ainsi une décision de licenciement immédiat qui aurait pu être évitée si la justification sollicitée avait été apportée. Il sera également tenu compte du très court laps de temps passé par l'employée au service de son employeur.

6. Le jugement sera ainsi réformé en ce sens que seule l'indemnité nette de Fr. 3'000.- sera due par l'appelante à l'intimée.

PAR CES MOTIFS,

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

A la forme

Déclare recevable l'appel interjeté par E_____ SA à l'encontre du jugement du Tribunal des prud'hommes rendu le 30 mars 2010 dans la cause C/7874/2009 -3.

Au fond

Annule ce jugement.

Statuant à nouveau

Condamne E_____ SA à verser à T_____ la somme nette de Fr. 3'000.-, avec intérêts à 5% dès le 24 avril 2009 à titre d'indemnité fondée sur l'article 337c al.3 CO.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Le greffier de juridiction

Le président