



E \_\_\_\_\_  
**Dom. élu:** Me Filippo RYTER  
Avenue de Ouchy 14  
Case postale 1249  
1001 Lausanne

Madame T \_\_\_\_\_  
**Dom. élu:** Me Christian BRUCHEZ  
Rue Verdaine 12  
Case postale 3647  
1211 Genève 3

**Partie appelante**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRET**

du 17 octobre 2008

M. Louis PEILA, président

Mme Lucile DUMONT-DIT-VOITEL, M. Jean-Pierre BOSSON, juges  
employeurs

Mmes Marianne LOTTE et Yasmine MENETREY, juges salariées

M. Gabriel SZAPPANYOS, greffier d'audience

**EN FAIT**

- A.** Par demande parvenue au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 3 août 2007, T\_\_\_\_\_ a assigné E\_\_\_\_\_ en paiement de 7'100 fr. plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 28 février 2008, à titre de salaire des mois de janvier et février 2007.

Elle exposait à cette fin qu'elle avait demandé à son employeur, oralement, le 12 mars 2007, de repousser le début de son congé maternité jusqu'au retour de son enfant à la maison. Contrainte de rester au chevet de ce dernier à l'Hôpital cantonal Universitaire (ci-après HUG) à la demande des médecins dès le 30 décembre 2006, elle avait ainsi été en incapacité de travail, laquelle a été attestée par un certificat médical établi le 29 mars 2007. La période de report pendant laquelle elle était en incapacité était couverte par l'application de l'art. 324a CO qui imposait à l'employeur de lui verser son salaire.

Dans sa réponse, E\_\_\_\_\_ a conclu au déboutement de T\_\_\_\_\_. Elle soutient que celle-ci ne pouvait, en cas de report de l'allocation maternité, demander à ce que l'assurance perte de gain pour maladie s'y substitue dans la mesure où la Loi sur l'assurance maternité lui interdisait de travailler durant les huit semaines après l'accouchement.

- B.** Par jugement du 16 mai 2008, notifié aux parties le 19 mai 2008, le Tribunal des prud'hommes a condamné E\_\_\_\_\_ à payer à T\_\_\_\_\_ le montant de 7'100 fr., plus intérêts moratoires à 5% l'an, dès le 28 février 2008.

Selon le Tribunal, puisque la maladie d'un proche, en particulier d'un enfant, pouvait constituer un empêchement de travailler au sens des articles 324a CO et 35a de la Loi sur le travail, l'application de ces dispositions permettait le report du congé maternité en raison de l'hospitalisation prolongée du nouveau-né et entraînait l'obligation de l'employeur de couvrir cette période. En effet, bien que l'art. 324a CO, dans sa nouvelle teneur, ne se référait plus expressément à l'accouchement comme motif d'empêchement non fautif, sa suppression ne visait qu'à épurer le texte légal, de sorte que l'incapacité de travail liée à l'accouchement demeurait dans le champ d'application de l'article susmentionné.

- C.** Par acte du 19 juin 2008, E\_\_\_\_\_ interjette appel contre cette décision et conclut à

son annulation. Se ralliant à l'avis de certains auteurs (STREIFF/Von KEANEL, Arbeitsvetrag, 6<sup>ème</sup> éd., Zurich 2006, p. 293 et ss.), selon lesquels l'introduction des articles 16b et ss LAPG libérerait l'employeur de toute obligation liée à l'accouchement, sans égard au fait que la travailleuse remplisse ou non les conditions d'octroi de l'allocation maternité, elle considère que l'empêchement de travailler après l'accouchement serait exclu du champ d'application de l'art. 324a CO. Ces auteurs justifient leur théorie par le fait que la notion d'empêchement non fautif est la même aux articles 324a et 324b CO. Depuis la modification de l'art. 324a CO et la suppression du terme "accouchement" de la disposition, la volonté du législateur, telle qu'elle ressortirait de la loi et des travaux préparatoires, serait que l'employeur ne devrait plus supporter les risques liés à cet événement. Ainsi, T\_\_\_\_\_ n'aurait aucun droit fondé sur l'art. 324a CO pour prétendre à son salaire pour la période pendant laquelle elle était au chevet de son fils.

T\_\_\_\_\_ se rallie à l'argumentation du premier juge dont elle demande la confirmation.

Devant la Cour, les parties ont confirmé les arguments développés à l'occasion de leurs écritures en première instance et en appel, lesquels seront repris ci-après dans la mesure utile.

**D.** Les faits pertinents pour la solution du présent litige sont les suivants:

**a.** E\_\_\_\_\_ a engagé T\_\_\_\_\_, en qualité de vendeuse dès le 19 mars 2002. Le contrat de travail de durée indéterminée régissant actuellement le rapport juridique des parties a toutefois été signé le 14 janvier 2004.

**b.** Le dernier salaire perçu par T\_\_\_\_\_ s'est élevé à 3'550 fr.

**c.** En date du 30 décembre 2006, T\_\_\_\_\_ a accouché aux HUG, d'un fils, A\_\_\_\_\_. Le nouveau-né a été immédiatement hospitalisé au service de Néonatalogie jusqu'au 23 janvier 2007 puis au service de l'Unité de développement du 23 janvier 2007 au 1<sup>er</sup> mars 2007.

**d.** En date du 27 février 2007, soit deux mois après l'accouchement, le Dr. B\_\_\_\_\_ a établi une attestation médicale en faveur de T\_\_\_\_\_, rédigée dans les termes suivants: *étant donné l'importance de la présence maternelle auprès de son nouveau-né malade pour le développement de l'enfant, nous avons fortement recommandé la présence de la mère auprès de A\_\_\_\_\_ dans notre unité.*

**e.** Par courrier du 5 mars 2007, E\_\_\_\_\_ a informé T\_\_\_\_\_ qu'elle bénéficierait d'un congé de seize semaines dont quatorze payées à 100 % et deux à 80% et que la reprise de son activité était ainsi prévue pour le 21 avril 2007.

**f.** Par courrier du 13 mars 2007, E\_\_\_\_\_ a accusé réception de l'attestation médicale susvisée et confirmé que le droit à un congé maternité s'étendait sur seize semaines. E\_\_\_\_\_ a encore précisé à T\_\_\_\_\_ qu'elle avait la possibilité, en cas d'hospitalisation prolongée de son enfant, de demander que le versement de l'allocation soit ajourné jusqu'au retour de l'enfant à la maison, ajoutant que le salaire n'était pas versé le temps de "l'ajournation".

**g.** Le 29 mars 2007, la Doctoresse C\_\_\_\_\_ du service d'obstétrique des HUG a établi un certificat médical selon lequel T\_\_\_\_\_ s'était trouvée en incapacité de travail du 30 décembre 2006 au 1<sup>er</sup> mars 2007, mentionnant entre parenthèse "accouchement". Ledit certificat médical a été transmis le 2 avril 2007 à l'employeur par le Syndicat que T\_\_\_\_\_ avait mandaté. Celui-ci demandait en outre à E\_\_\_\_\_ de transmettre cette attestation à l'assurance perte de gain maladie de sa sociétaire, afin qu'elle soit indemnisée du 30 décembre 2006 au 1<sup>er</sup> mars 2007.

**h.** Par courrier du 14 mai 2007, E\_\_\_\_\_ a informé T\_\_\_\_\_ qu'elle ne pouvait pas bénéficier de l'indemnité maladie afférent à cette période, car la Loi sur l'assurance maternité interdisait de travailler durant les huit semaines après l'accouchement et qu'elle était au bénéfice de l'assurance maternité.

**i.** Par courrier du 4 juin 2007, T\_\_\_\_\_ a répondu qu'elle avait fait la demande de report du versement des allocations pour son congé maternité qui prenait ainsi fin, le 21 juin 2007. Elle a également confirmé la durée de son incapacité de travail, du 30 décembre 2006 au 1<sup>er</sup> mars 2007, période qui devait être couverte par l'art. 324a CO, qui imposait à l'employeur le paiement de son salaire.

**j.** A l'occasion des enquêtes, D\_\_\_\_\_, responsable d'assurance pour E\_\_\_\_\_, a déclaré qu'en cas de report du délai de congé de maternité, il n'y avait pas d'indemnité payée par l'employeur, jusqu'au départ du délai de congé maternité.

## EN DROIT

1. 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.
  
2. En l'espèce, seule est litigieuse la question de savoir si l'employée, qui a dû rester au chevet de son fils, peut se prévaloir de l'art. 324a CO pour obtenir de son employeur le salaire afférent à la période de report du congé maternité, soit du 30 décembre 2006 au 1<sup>er</sup> mars 2007.

**2.1** A titre préliminaire, il sied de préciser que depuis l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions relatives à l'allocation maternité dans la LAPG, le terme "accouchement", qui figurait jusqu'alors à l'art. 324a al. 3 CO, a été supprimé.

**2.1.2** On ne saurait déduire de la suppression des termes "et d'accouchement" à l'art. 324a CO la volonté du législateur de retrancher les conséquences de l'accouchement de la protection instaurée par l'art 324b CO. La mention figurant à l'art. 324a al. 3 CO n'a que pour objectif de montrer que le droit au salaire en cas d'incapacité liée à la grossesse ou à l'accouchement est indépendant de la condition d'absence de faute prévue à l'al. 2. Dès lors que le catalogue de l'art. 324a al. 1 CO n'est pas exhaustif s'agissant des causes d'empêchement non fautif de travailler, et compte tenu du fait que les articles 324 et 324b CO couvrent la même notion d'empêchement de travailler, il convient d'admettre que les art. 324a et 324b CO s'appliquent aux conséquences d'une incapacité non fautive de travailler liée à l'accouchement, l'intention du législateur n'ayant jamais été de réduire la protection antérieurement existante (WYLER, Droit du travail, 2<sup>ème</sup> éd. 2008, p. 216 et réf. cit.; cf. ég., PORTMANN, Basler Kommentar, 4<sup>ème</sup> éd., n. 39 ad art. 324a CO)

Quant à l'al. 3 de l'art. 324a CO, nouvelle teneur, il ne concerne que les empêchements de travailler inhérent à la grossesse de la travailleuse; cette disposition couvre les incapacités de travail médicalement attestées en relation avec des difficultés de grossesse (WYLER, Loi sur le travail, p. 446, n.10 ad 35a).

En cas d'impossibilité du travailleur de fournir le travail promis, l'employeur est

libéré de l'obligation de payer le salaire sauf si la loi ou le contrat met le risque à sa charge (art. 119 CO). Or pour le contrat de travail, le Tribunal fédéral a précisé dans un arrêt du 13 janvier 2000 que le problème du risque est régi par les art. 324a et 324b CO (WYLER, Droit du travail, 2<sup>ème</sup> éd 2008, p. 217).

**2.1.3** A teneur de l'art. 16c al. 2 LAPG, la mère peut demander que le versement de l'allocation soit ajourné jusqu'au moment où l'enfant retourne à la maison, en cas d'hospitalisation prolongée de ce dernier.

**2.1.4** La maladie d'un proche, en particulier d'un enfant, peut constituer un empêchement de travailler au sens de l'art. 324a CO jusqu'au moment où une solution de substitution est trouvée pour les soins ou la garde de la personne, respectivement de l'enfant malade, car c'est une obligation légale au sens des articles 276, 163 et 328 CC de prodiguer de tels soins. Il en va de même si l'enfant, gravement malade, est hospitalisé et a besoin de garder un contact très suivi avec ses parents (BRUCHEZ, La nouvelle assurance maternité et ses effets sur le droit du contrat de travail, *in* SJ 2005 II p. 266 à 268).

**2.2** En l'espèce, l'appelante soutient qu'en tant qu'employeur, elle ne supporte pas le risque lié à la maladie de la femme après l'accouchement, s'appuyant essentiellement sur l'interprétation grammaticale.

**2.2.1** Elle critique d'ailleurs la théorie développée par la doctrine majoritaire, sans pour autant expliquer les motifs qui devraient conduire à son rejet, et revient encore au texte de la loi, et à la susdite interprétation grammaticale.

S'agissant de la doctrine citée par elle (STREIFF/Von KEANEL, Arbeitsvetrag, 6<sup>ème</sup> éd., Zurich 2006, p. 293 et ss.), il sied de relever que celle-ci ne se prononce pas sur l'hypothèse de la survenance d'une maladie liée à l'accouchement pendant la période de report du congé maternité. En outre, l'avis de ces auteurs est encore nuancé dans le sens où la femme, qui a accouché, ne saurait se prévaloir de l'art. 324a CO que dans l'hypothèse où elle ne peut pas bénéficier des allocations maternités prévues par la LAPG.

**2.2.2** Par ailleurs, il ressort de la doctrine susmentionnée (2.1.3) -antérieure à 2005- que le terme "maladie" doit être interprété au sens large. Celui-ci, conformément à l'obligation légale prévue par les articles 276, 163 et 328 CC, recouvre non seulement la maladie au sens strict du terme, mais aussi spécifiquement l'hypothèse de la présence du parent auprès de l'enfant lorsque la vie de celui-ci est en danger.

**2.2.3** En l'espèce, l'appelante ne conteste pas que la vie de l'enfant prématuré était en danger au début d'année 2007 et que la présence de sa mère à ses côtés était nécessaire à son développement. Dès lors, l'intimée a été objectivement empêchée de travailler durant l'hospitalisation de son fils, qui correspond à la période de report du congé. Par ailleurs, on ne saurait nier à l'intimée le droit de se prévaloir de l'art. 324a CO du seul fait qu'elle avait déjà accouché, alors que précisément le terme "maladie" recouvre le cas de la mère qui doit rester auprès de son nourrisson lorsque la vie de celui-ci est menacée. Autrement dit, le fait que le terme "accouchement" ait été abandonné à l'al. 3 de la disposition précitée n'y change rien, dès lors que l'intimée doit être considérée, en l'espèce, comme malade au sens de l'al. 1 de la même disposition pendant la période de report du congé maternité.

Dans la mesure où les travaux préparatoires ne permettent pas de confirmer la thèse soutenue par l'appelante et que les auteurs cités par elle ne se sont pas prononcés sur la question de la maladie de la femme qui se déclare pendant la période du report après l'accouchement, il n'y a aucune raison de s'écarter de la doctrine majoritaire, qui est bien établie et conforme aux principes développés par la jurisprudence antérieure relative à l'art. 324a al. 1 CO.

Le jugement querellé sera donc confirmé.

**3.** Compte tenu de la valeur litigieuse, la procédure est gratuite.

Il ne sera pas alloué de dépens, aucune des parties n'ayant plaidé de manière téméraire.

**PAR CES MOTIFS**

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

**A la forme :**

Déclare recevable l'appel interjeté par E\_\_\_\_\_ contre le jugement rendu dans la cause C/17092/2007-3.

**Au fond :**

Confirme ledit jugement ;

Déboute les parties de toute autre conclusion.

La greffière de juridiction

Le président