

**A2 2002-76**

**II<sup>e</sup> COUR D'APPEL**

**11 novembre 2002**

---

La Cour, vu le recours interjeté le 19 juillet 2002 par

**X AG**, recourante et défenderesse,  
représentée par \_\_\_\_\_,

contre le jugement rendu le 21 mai 2002 par le Président de la Chambre des Prud'hommes de  
l'arrondissement \_\_\_\_\_ dans la cause qui l'oppose à

**Y**, intimée et demanderesse;

---

vu les pièces du dossier d'où ressortent les faits suivants :

**A.-** Y a travaillé comme vendeuse à temps partiel depuis le 1<sup>er</sup> octobre 1991 pour la société X AG. Dès le 1<sup>er</sup> janvier 2001 son salaire brut était de 18.50 francs de l'heure soit 1'591 francs brut par mois pour 86 heures.

**B.-** Le 1<sup>er</sup> décembre 1997, X AG a mis en vigueur un règlement d'entreprise qui prévoit des règles particulières quant au droit au salaire en cas d'empêchement de travailler pour cause de maladie. Ce règlement précise notamment que la société a souscrit une assurance collective qui donne droit au travailleur, dès le premier jour de maladie, à 100 % de son salaire pendant une période de 720 jours sur 900 jours. La société s'engage en outre à payer la moitié des primes d'assurance, à tout le moins au début du contrat. En effet, après cinq ans l'employeur prend à sa charge 75 % des primes et après dix ans, il s'acquitte seul de la totalité de la cotisation de l'assurance perte de gain (ch. 8.6.3).

Le règlement institue également (ch. 8.7) un système dénommé "bonus/malus - Kollektivtaggeld" qui consiste à faire bénéficier l'employé qui ne tombe pas malade durant l'année civile d'une ristourne de 300 francs à la fin de l'année. Par contre, en cas de maladie durant plus de trois jours dans l'année civile, l'employeur procède à une réduction de 1 % (malus) sur le salaire de l'employé pour un temps donné, en fonction de la durée de l'absence. Ainsi, pour une absence de 4 à 9 jours, la réduction de 1 % est faite durant six mois, pour une absence de 10 à 15 jours, la déduction dure douze mois et pour une absence de 16 à 90 jours, 18 mois (ch. 8.7.4).

**C.-** Y est tombée malade le 16 août 2001 et a été incapable de travailler jusqu'au 23 septembre 2001, soit durant 39 jours. Son contrat de travail a été résilié pour la fin de l'année 2001. D'août à fin décembre ainsi que sur le décompte final, son employeur, appliquant le barème figurant dans le règlement d'entreprise, a retenu 18 fois le 1 % de son salaire brut.

**D.-** Par demande remise à la poste le 27 mars 2002, Y a fait assigner X AG devant la juridiction des prud'hommes et a conclu à ce que la défenderesse soit astreinte à lui verser le montant de 487.80 francs. Il ressort des courriers qu'elle a annexés à sa demande, notamment la lettre qu'elle a remise le 9 février 2002 à son employeur, qu'elle estime que le régime dérogatoire prévu par le règlement d'entreprise n'est pas valable parce qu'il n'accorde pas au travailleur des prestations au moins équivalentes à celles du régime légal prévu à l'art. 324a al. 2 CO.

Dans sa réponse du 20 février 2002, X AG conteste ce point de vue, estimant au contraire que l'équivalence est donnée.

**E.-** Après avoir entendu les parties lors de son audience du 21 mai 2002, le Président de la Chambre des prud'hommes de l'arrondissement \_\_\_\_\_, par jugement daté du même

jour, a condamné X AG à payer à Y 487.70 francs net, les dépens, sous réserve des frais de justice, étant mis à la charge de la société défenderesse.

En bref, le premier juge a estimé que la retenue effectuée par la société défenderesse, en vertu du règlement d'entreprise, devait être considérée comme une peine (malus) sanctionnant un comportement du travailleur. Or, si le règlement d'entreprise peut prévoir des sanctions disciplinaires en cas de violation du contrat, les sanctions doivent toujours être proportionnées et ne peuvent sanctionner qu'une faute du travailleur. L'incapacité de travail due à la maladie, sans faute de la part du travailleur, ne pouvant être en aucun cas assimilée à une absence fautive, le système dénommé "bonus/malus - Kollektivtaggeld", mis en place par la société défenderesse, doit être considéré comme contraire aux mœurs et, partant, la peine stipulée ne peut être exigée (art. 163 al. 2 CO).

**F.-** Contre ce jugement, dont la rédaction intégrale lui a été notifiée le 20 juin 2002, la société X AG a recouru en appel le 19 juillet 2002. Elle conclut principalement à l'admission de son recours, au rejet de la demande et à l'allocation d'une équitable indemnité de partie. Subsidiairement, elle conclut à ce que le jugement de première instance soit réformé en ce sens que le montant dû à Y soit limité à 444 francs.

Elle soutient en bref que le premier juge a mal apprécié le caractère équivalent des prestations qu'elle offre à ses employés et, subsidiairement, elle conteste le calcul du montant retenu par les premiers juges.

Le 12 août 2002, Y a déposé sa réponse et a conclu implicitement au rejet du recours, se référant au jugement attaqué.

**G.-** Par courriers du 30 octobre et du 6 novembre 2002, les parties ont renoncé aux débats.

#### **c o n s i d é r a n t :**

**1.-** a) L'appel interjeté le 19 juillet 2002 contre le jugement notifié le 20 juin 2002 a été déposé en temps utile (art. 47 LJP; art. 390 et 294 al. 1 CPC).

b) La valeur litigieuse est inférieure à 8'000 francs.

c) La cour d'appel revoit librement la cause en fait et en droit, sans égard à la valeur litigieuse (RFJ 1999, p. 64).

**2.-** a) L'employeur est tenu de continuer de verser le salaire à 100 % pendant un temps limité qui est fonction des années de service lorsque le travailleur est empêché de

travailler sans faute de sa part, notamment pour cause de maladie (art. 324a al. 1 et 2 CO). Durant la première année de service, cette durée est fixée à trois semaines (art. 324a al. 2 CO). Ensuite, le salaire est dû pour une période plus longue fixée équitablement, compte tenu de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières. Pour éviter de tomber dans l'arbitraire, les tribunaux ont fixé des échelles, à savoir les échelles bernoises, bâloises et zurichoises. Ainsi, les tribunaux fribourgeois, se référant à la première de ces échelles qui a été fixée par le tribunal des prud'hommes de la ville de Berne en 1926 et qui a été modifiée par la suite (cf. RSJ 1927-28 p. 138; R. WYLER, Droit du travail, Berne 2002, p. 165), prévoient dès la deuxième année de service un versement de 100 % du salaire pendant un mois, de la troisième à la quatrième année, durant deux mois, de la cinquième à la neuvième année, durant trois mois et de la dixième à la quatorzième année, durant quatre mois.

Il est possible de déroger à ces règles, en particulier par un accord écrit, à condition d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes (art. 324a al. 4 CO). Il est fréquemment convenu que l'obligation de payer le salaire incombant à l'employeur est remplacée par une obligation de conclure une assurance garantissant le paiement du salaire, généralement pendant une durée plus longue que celle exigée par l'art. 324a al. 1 et 2 CO (cf. ATF 127 III 318 consid. 4). Tel est le cas en l'espèce puisque la société défenderesse a conclu, en application de l'art. 324a al. 4 CO, une assurance maladie collective perte de gain, assurance facultative en l'état de notre législation (RFJ 1995 p. 66 consid. 4 a).

Il convient dès lors d'examiner tout d'abord si en l'espèce le régime conventionnel est équivalent au régime légal.

A ce propos deux théories différentes s'opposent. Selon la première, l'équivalence exigée par la loi suppose que, dans tous les cas, le travailleur reçoit au moins son salaire intégral pendant la période fixée d'après le régime légal (équivalence concrète). En l'occurrence, la demanderesse était en droit de recevoir son salaire à 100 % durant quatre mois, conformément à l'échelle bernoise en considération de ses dix ans de service.

Selon la seconde théorie, l'employeur et le travailleur peuvent prévoir le versement d'une partie seulement du salaire pendant la période minimum découlant du régime légal, à condition que l'obligation de l'employeur s'étende au-delà de cette durée minimum, dans une mesure suffisante : la prolongation de la période doit au moins compenser la réduction du salaire (équivalence abstraite), en tenant compte non pas seulement de l'incapacité de travail en cause, mais, en général, de toutes les périodes d'incapacité auxquelles le salarié se trouve exposé (G. AUBERT, Le droit au salaire en cas d'empêchement de travailler, Journée 1991 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1991, p. 121). En l'espèce, selon l'assurance collective perte de gain conclue par la défenderesse, la travailleuse a eu droit à 100 % de son salaire dès le premier jour d'incapacité de travail et pour toute la durée de cette incapacité qui a duré moins de 720 jours. Elle a cependant dû supporter durant 18 mois une réduction de 1 % de son salaire brut, étant précisé que le contrat collectif prévoit un versement de salaire durant 720 jours au plus, soit une durée dépassant de loin le minimum légal (quatre mois dès la dixième année de service).

Le Tribunal fédéral, dans un arrêt de principe rendu en 1970 (ATF 96 II 133 / JdT 1971 I 34 = SJ 1971 p. 257, confirmé notamment en 1982, cf. arrêt du 4 février 1982 *in* SJ 1982 p. 574 qui suit la majorité de la doctrine de l'époque) a opté pour la méthode abstraite: il a jugé qu'une indemnité journalière de 60 % du salaire payable pendant 360 jours, 50 % des primes étant à la charge de l'employeur, satisfaisait à l'exigence d'équivalence; il a estimé qu'il en allait de même d'une indemnité journalière de 80 % du salaire payable dès le troisième jour pendant 720 jours, 2/3 des primes étant à la charge de l'employeur. Vu l'évolution économique et sociale, une couverture correspondant au moins à 80 % du salaire du travailleur est aujourd'hui unanimement admise par la doctrine (AUBERT, p. 122; BRUNNER / BUEHLER / WEBER, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 1996, p. 79, n. 18 ad art. 324a CO; P. GNAEGI, Le droit du travailleur au salaire en cas de maladie, Zurich 1996, p. 108; A. STAEHELIN *in* Zürcher Kommentar, n. 62-65 ad art. 324a CO; M. REHBINDER *in* Berner Kommentar, n. 36 ad art. 324a CO). Ainsi, pour apprécier si l'équivalence requise par la loi est réalisée, il ne faut pas procéder à une comparaison dans chaque cas particulier mais examiner globalement les paramètres d'équivalence (BRUNNER / BUEHLER / WEBER, n. 18 ad art 324a CO; SUBILIA / Duc, Quelques réflexions à propos de l'article 324a CO, PJA 9/2001 p. 1021-1022). Dès lors, le régime dérogatoire devrait être considéré comme au moins équivalent au régime légal lorsque l'employeur finance, en contribuant pour moitié aux primes d'assurance, 80 % du salaire pendant 720 jours sur une période de 900 jours consécutifs (GNAEGI, p. 116-117).

b) En l'espèce, les primes de l'assurance collective représentent 3,6 % du salaire brut. L'employeur prend à sa charge la moitié de ces primes (1,8 %, cf. règlement d'entreprise ch. 8.3 § 2). Le système de malus (art. 8.3 § 3 et 8.7.4) adopté par la société défenderesse n'a aucune répercussion sur la répartition de la participation égale de l'employeur et du travailleur au paiement des primes d'assurance. En outre, la totalité du salaire est couverte par les indemnités journalières de l'assurance et ce dès le premier jour (ch. 8.3 § 4). Enfin, la durée de l'indemnisation est de 24 mois (sur 30 mois), ce qui correspond aux 720 jours (sur 900 jours) que la doctrine reconnaît aujourd'hui de manière générale comme remplissant la condition d'équivalence (AUBERT, p. 122, WYLER, p. 172). Force est dès lors de constater avec les premiers juges (jugement consid. 9 p. 3) que malgré la retenue de 1% sur le salaire de l'employé pendant un temps limité dépendant de la durée de l'incapacité de travail, l'équivalence paraît donnée.

**3.-** La société recourante estime qu'on ne peut considérer cette retenue comme étant une peine mais uniquement comme un élément du système qu'elle a mis en place et qui respecte le but prescrit par le droit impératif, savoir offrir pendant un temps limité des prestations équivalentes à l'employé en cas d'incapacité de travail pour cause de maladie.

La Cour ne partage pas ce point de vue. L'appréciation de l'équivalence, reconnue en l'espèce, ne concerne que les prestations offertes. Le système de malus instauré par la société défenderesse ne touche pas les prestations en cas de maladie mais les conséquences sur le paiement du salaire lorsque le travailleur a été en incapacité de travail.

Cette question ne doit pas être analysée, comme le prétend la recourante, sous l'angle de l'art. 324a al. 4 CO mais, comme l'a admis le premier juge, par rapport au contenu

admissible du règlement d'entreprise. Cette matière, régie par les art. 37 à 39 de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail, LTr, RS 822.11) n'a pas été touchée par la révision du 20 mars 1998 entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2000 (RO 2000 p. 1569; FF 1998 p. 1128). Selon l'art. 38 al. 3 LTr, le contenu du règlement d'entreprise ne doit pas être contraire au droit impératif ni aux conventions collectives de travail qui lient l'employeur. Se pose dès lors la question de savoir si la clause du règlement d'entreprise selon laquelle l'employeur peut réduire le salaire du travailleur de 1 % durant six mois en cas d'incapacité de travail de 4 à 9 jours, durant 12 mois en cas d'une absence de 10 à 15 jours et durant 18 mois en cas d'absence de 16 à 90 jours, est admissible au vu des art. 27 et 28 CC, voire de l'art. 328 CO qui est la concrétisation de ces deux dernières dispositions dans le domaine du droit du travail (SJ 1995 p. 669).

Ce mode de procéder revient à permettre à l'employeur de récupérer une partie de sa contribution paritaire à la prime d'assurance collective perte de gain lorsque le travailleur a été absent pour cause de maladie et à sanctionner ce dernier pour un motif qui ne lui est pas imputable. Elle a également pour conséquence de contraindre le travailleur à poursuivre son travail, même malade, pour ne pas être pénalisé par une réduction de son salaire. Cet effet pervers de la réglementation de la société défenderesse, qui porte atteinte à la protection de la personnalité du travailleur garantie par l'art. 328 CO, est d'autant plus choquant lorsque, comme en l'espèce, le salaire est modeste. Une telle clause doit être considérée comme contraire aux mœurs et, en application de l'art. 20 al. 2 CO, frappée de nullité.

**4.-** La demanderesse a conclu au paiement d'un montant de 487.80 francs net. Ce montant n'a pas été contesté par la société défenderesse en première instance de sorte que, les conclusions subsidiaires de celle-ci tendant à ce que le montant alloué soit réduit à 444 francs sont irrecevables, car tardives (art. 299a al. 3 et 130-131 CPC).

**5.-** Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens, la partie ayant eu gain de cause n'en ayant pas demandé. Il ne sera pas perçu de frais judiciaires (art. 343 al. 3 CO; 37 al. 1 LJP).

#### **a r r ê t e :**

I. Le recours est rejeté.

Partant, le jugement rendu le 21 mai 2002 par la Chambre des prud'hommes de l'arrondissement \_\_\_\_\_ est confirmé dans la teneur suivante :

1. X AG est condamnée à payer à Y Fr. 487.70 net.

2. Les dépens sont mis à la charge de X AG. Il n'est pas perçu de frais de justice.

II. Pour la procédure de recours, il n'est pas perçu de frais de justice ni alloué de dépens.

Fribourg, le 11 novembre 2002