



POUVOIR JUDICIAIRE

C/10047/2010

CAPH/124/2011

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

CHAMBRE DES PRUD'HOMMES

DU MARDI 30 AOUT 2011

Entre

RESIDENCE A_____ SA, société ayant son siège à _____, appelante à l'encontre du jugement n° TRPH/17/2011 rendu le 11 janvier 2011 par le Tribunal des prud'hommes, faisant élection de domicile aux fins des présentes en l'étude d'avocats CANONICA, VALTICOS & Associés, rue Pierre-Fatio 15, case postale 3782, à 1211 Genève 3, comparaissant par Me Guerric CANONICA,

D'une part,

Et

V_____, intimée, représentée par **A_____**, p.a. **T_____**, rue _____, à Genève, faisant élection de domicile aux fins des présentes en l'étude d'avocats MARTIN DAVIDOFF FIVAZ & Associés, place du Port 2, à 1204 Genève, comparaissant par Me Antje BECK-MANSOUR,

D'autre part.

EN FAIT

- A. RESIDENCE A_____ SA (ci-après: RESIDENCE A_____) est une société anonyme dont le siège se trouve à _____. Son but social est l'exploitation d'un établissement médico-social pour personnes âgées, l'exercice d'une activité en la forme commerciale, mais sans but lucratif (art. 620 al. 3 CO) (cf. extrait du Registre du commerce).
- B. V_____, née le _____ 1964, a été engagée par la FONDATION A_____, (devenue depuis lors RESIDENCE A_____), le 2 octobre 1989, en qualité d'auxiliaire-hospitalière. Son salaire mensuel brut s'élevait alors à 1'448 fr. 30 versé douze fois l'an.

Le contrat de travail prévoyait notamment que pendant la durée du contrat de travail, la FONDATION A_____ assurait le travailleur contre la perte de gain en cas de maladie pour le 100% du salaire, pour une période de sept cent vingt jours par cas.

Par décision du 14 mars 1990, la Caisse cantonale genevoise de compensation a admis V_____ au bénéfice d'une rente AI extraordinaire simple à partir du 1^{er} février 1988 pour un degré d'invalidité de 60 %. V_____ souffrait de troubles du développement intellectuel depuis l'enfance, rendant l'exercice d'une activité professionnelle très problématique. Elle avait ainsi des limitations mentales, son quotient intellectuel de 69 étant dans la zone de débilité.

- C. a) Par courrier du 30 décembre 1998, la FONDATION A_____ a informé V_____ de la modification de son contrat de travail à la suite de l'entrée en vigueur de la convention collective de travail Etablissements Médico-Sociaux pour personnes âgées, laquelle faisait désormais partie intégrante dudit contrat de travail.
- b) La convention collective de travail prévoyait notamment que l'employeur couvrait l'employé par une assurance perte de gain en cas de maladie (art. 5.12 CCT).

Selon l'art. 6.1.1, en cas d'absence pour cause de maladie attestée par un certificat médical, le salaire était remplacé par une indemnité, selon les contrats d'assurance en vigueur, pour incapacité temporaire de travail. [...] Après la période d'essai, l'indemnité était équivalente à 100 % du salaire les 12 premiers mois et 80 % du 13^{ème} au 24^{ème} mois.

-
- D.** Le 16 mars 2004, un document intitulé "formulaire pour l'employeur" a été expédié à l'EMS A_____ par l'Office cantonal AI. Le nom de V_____ figurait sur ce document.

Le 24 septembre 2004, l'Office cantonal AI a constaté, après avoir examiné le degré d'invalidité de V_____, que celui-ci n'avait pas changé au point d'influencer le droit de V_____ à la rente (degré d'invalidité 54 %).

- E.** Postérieurement à une restructuration organisationnelle intervenue en 2007, RESIDENCE A_____ est devenue l'employeur de V_____.

- F.** a) A compter du 1^{er} janvier 2008, RESIDENCE A_____ a conclu, dans le respect de la convention collective de travail, un contrat d'assurance d'indemnités journalières collective avec l'assurance X_____ SA prévoyant qu'en cas de maladie le salaire annuel était versé pendant une période maximale de 730 jours par cas de maladie.

En cas de maladie, les indemnités journalières équivalaient à 100 % du salaire effectif, avec un délai d'attente de 30 jours par cas. A compter du 361^{ème} jour de maladie, les indemnités journalières correspondaient à 80 % du salaire effectif.

Ce contrat n'impliquait pas de questionnaire médical pour chaque employé, dès lors qu'il s'agissait d'un contrat collectif. Toutefois, avant de faire une proposition d'assurance, une étude de risques a été effectuée par formulaire. Ce document complété par RESIDENCE A_____ indiquait que des employés touchaient une rente AI, mais, aucun nom ne figurait dans ce formulaire (témoin G_____).

b) Les conditions générales d'assurance (CGA) pour l'assurance d'indemnités journalières collective de X_____ stipulaient que les employés partiellement invalides ou handicapés qui, en raison de leur état de santé diminué, exerçaient uniquement une activité à temps partiel dans l'entreprise assurée, devaient être entièrement capables de travailler le jour où ils commençaient le travail ou le jour où débutait l'assurance pour l'occupation à temps partiel convenue. Une aggravation passagère ou durable de l'affection qui a conduit à l'invalidité partielle n'était pas assurée (art. 8.5 CGA).

c) Un document intitulé "Résumé des prestations sociales, selon CCT & Règlement de la Résidence et du Pavillon, en faveur des employés de la Résidence A_____ et du Pavillon A_____" mentionnait, s'agissant de l'assurance collective en cas de perte de salaire, que l'ensemble du personnel salarié de l'entreprise était assuré.

Ce document a été remis à l'ensemble du personnel, notamment lors de séances organisées pour les employés afin de les informer sur les exclusions du contrat d'assurance conclu par l'employeur. Lors de ces séances, les conditions générales d'assurance n'étaient pas distribuées (témoin G_____). Toutefois, le document susvisé renvoyait à la convention collective, aux conditions générales

d'assurances, aux dispositions légales ainsi qu'aux règlements particuliers s'agissant de la détermination des droits y relatifs.

V_____ a reconnu avoir participé aux séances d'information précitées.

- G.** A compter du 21 novembre 2008, V_____ s'est trouvée en incapacité totale de travailler pour cause de maladie pour une durée indéterminée.

RESIDENCE A_____ a versé son salaire pour les mois de décembre 2008 à juin 2009. V_____ percevait alors un salaire mensuel brut de 2'654 fr. 30, correspondant à une classe 4, annuité 16.

- H.** Par courrier du 6 mars 2009 à V_____, X_____ lui a confirmé qu'elle percevait des indemnités journalières depuis la date de son arrêt maladie. Par ailleurs, elle a sollicité certains renseignements afin de faire le point sur sa situation. Ce courrier a également été adressé en copie à RESIDENCE A_____ qui l'a transmis au curateur de V_____.

- I.** Selon une attestation médicale du Dr B_____ établie le 19 mars 2009, l'état de santé de V_____ s'était aggravé. Une demande de rente entière AI était désormais nécessaire.

- J.** Par courrier du 17 avril 2009 à l'attention de RESIDENCE A_____, le curateur de V_____, Me M_____, a demandé que le cas de sa pupille soit annoncé à l'assurance de RESIDENCE A_____. En outre, il a précisé que V_____ était déjà au bénéfice d'une rente AI de 54 %. Par conséquent, la rente AI que devrait verser l'assurance précitée devrait tenir compte de ce degré d'invalidité.

- K.** Par courrier recommandé du 9 juin 2009, transmis en copie au curateur de V_____, RESIDENCE A_____ a résilié le contrat de travail pour le 30 septembre 2009, au motif que son état de santé ne lui permettait pas de continuer la collaboration.

Dans ce même courrier, RESIDENCE A_____ a notamment indiqué que "*pour ce qui est de [sa] maladie survenue avant la fin des rapports de service, les prestations continu[aient] d'être servies par l'assurance X_____ pendant 730 jours avec imputation des indemnités versées avant la fin du contrat de travail, au maximum cependant jusqu'à l'invalidité déclarée*".

- L.** Le 6 juillet 2009, X_____ a écrit au courtier de RESIDENCE A_____ que celle-ci n'avait pas mentionné dans le formulaire d'annonce de maladie le fait que V_____ bénéficiait d'une demi-rente AI depuis plusieurs années. Elle a rappelé la teneur de l'art. 8.5 CGA. Elle a soutenu qu'elle n'aurait pas dû intervenir pour le

cas de V_____. C'était à tort qu'elle aurait versé des prestations d'indemnités journalières en faveur de celle-ci pour la période du 21 novembre 2008 au 31 janvier 2009.

- M.** Par courrier du 20 août 2009 adressé au curateur de V_____, RESIDENCE A_____ a indiqué que le risque de son employée n'était pas couvert, compte tenu du fait que l'incapacité de travail de celle-ci découlait d'une aggravation de l'affection pour laquelle elle était déjà au bénéfice d'une demi-rente AI, selon l'art. 8.5 CGA. Selon RESIDENCE A_____, l'obligation, en tant qu'employeur, se limitait à lui payer son salaire uniquement pendant cinq mois selon l'article 324a CO. Elle recevrait prochainement un décompte, et devrait rembourser la période du 21 avril au 31 juillet 2009 payée indûment.

Par courrier du 25 août 2009 adressé à RESIDENCE A_____, V_____, par l'intermédiaire de son curateur, a contesté toute demande de remboursement en arguant que les relations entre RESIDENCE A_____ et X_____ relevaient d'un rapport juridique interne et qu'un refus d'entrer en matière de l'assurance ne la concernait pas. Elle a fait valoir qu'elle avait droit à son salaire jusqu'au terme de son contrat de travail.

Par courrier du 28 août 2009, sous la plume de son conseil, RESIDENCE A_____ a persisté dans les termes de son précédent courrier. Elle a soutenu qu'elle avait respecté son obligation légale découlant de l'art. 324a CO en payant son salaire à V_____ du 21 novembre 2008 au 20 avril 2009.

Par courrier du 3 septembre 2009, le curateur de V_____ a relevé que l'incapacité de travail de sa pupille était liée à la péjoration de son état de santé. Au surplus, RESIDENCE A_____ connaissait, selon lui, parfaitement la situation d'invalidité à 54 % de V_____ qui y travaillait depuis plus de vingt ans. Il a persisté dans sa demande en paiement des deux derniers mois de salaire.

- N.** Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 3 mai 2010, V_____ a assigné RESIDENCE A_____ en paiement de 23'888 fr. 70, plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 1er décembre 2009 (terme moyen). Ladite somme correspondait à des indemnités journalières dues pour la période du mois d'août 2009 au 30 avril 2010. Elle a également conclu à ce qu'il soit constaté que V_____ avait droit à son salaire jusqu'au 21 novembre 2010 correspondant aux indemnités journalières versées pour une durée de 730 jours dès le 21 novembre 2008.
- O.** Par mémoire de réponse déposé au greffe de la juridiction des prud'hommes le 9 juillet 2010, RESIDENCE A_____ a conclu au déboutement de V_____. Reconventionnellement, elle a conclu à ce que celle-ci soit condamnée à lui payer la somme de 8'757 fr. 60, à titre de remboursement de son salaire pour les mois de mai, juin et juillet 2009, plus intérêts moratoires à 5% l'an à compter du 15 juin 2009 (terme moyen).

- P.** Par mémoire de réponse à la demande reconventionnelle parvenu au greffe de la juridiction des prud'hommes le 11 août 2010, V_____ a amplifié ses conclusions, sa demande étant portée à 34'505 fr. 90, correspondant aux indemnités journalières dues pour la période d'août 2009 au 31 juillet 2010, plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 1^{er} décembre 2009 (terme moyen).

Elle a par ailleurs persisté à conclure à la constatation de son droit à son salaire jusqu'au 21 novembre 2010 et a conclu au déboutement de RESIDENCE A_____ de sa demande reconventionnelle.

A l'appui de ses conclusions, elle a notamment produit un courrier de la Caisse cantonale genevoise de compensation du 17 mars 1989 avec en annexe un rapport de l'Office cantonal AI du 26 octobre 1989. Dans ce rapport, figurait notamment des indications selon lesquelles les problèmes de lenteur de V_____ n'avaient été tolérés que par la FONDATION A_____, qui avait déjà été son employeur de 1983 à 1987. Ce rapport mentionnait également que l'Office cantonal AI avait pris contact avec la FONDATION A_____ et lui avait expliqué la situation de V_____. Le rapport indiquait que la FONDATION A_____ avait alors accepté de reprendre V_____ à mi-temps en tant qu'auxiliaire-hospitalière depuis le 2 octobre 1989.

- Q.** A l'audience du 17 août 2010 les parties ont confirmé leurs conclusions.

RESIDENCE A_____ a reçu à l'audience une copie du chargé de pièces complémentaires déposé avec le mémoire de réponse à la demande reconventionnelle de la demanderesse du 11 août 2010. RESIDENCE A_____ a, en substance, confirmé ignorer le fait que V_____ était au bénéfice d'une rente AI et a indiqué ne pas avoir de trace dans ses dossiers des documents figurant au chargé de pièces complémentaires de V_____. Elle a encore indiqué que son courrier du 9 juin 2009 était un courrier standard. C'était parce qu'elle ignorait l'invalidité dont souffrait V_____ qu'elle avait continué de lui verser son salaire.

Le Tribunal a écarté, les passages de la réponse du 11 août 2010 qui n'étaient pas directement une réponse à la demande reconventionnelle. En revanche, le chargé de pièces y relatif a été accepté.

Au terme de cette audience les parties ont renoncé à l'audition du témoin J_____.

- R.** Par décision du 24 septembre 2010, l'Office cantonal des assurances sociales a reconnu un degré d'invalidité à 100 % à V_____ lui versant ainsi des prestations mensuelles de l'AI depuis le 1^{er} mars 2009.

- S.** Par jugement du 11 janvier 2011, le Tribunal des Prud'hommes, statuant contradictoirement et en premier ressort, a, préalablement, déclaré recevable la

demande de V_____ contre RESIDENCE A_____, amplifiée par ses conclusions du 11 août 2010 (ch. 1); déclaré irrecevable la conclusion constatatoire de V_____ en tant qu'elle concernait la période du 1^{er} août 2009 au 31 juillet 2010 (ch. 2); déclaré la demande recevable pour le surplus ainsi que la demande reconventionnelle du 9 juillet 2009 (ch. 3 et 4); condamné RESIDENCE A_____ à payer à V_____ la somme brute de 27'604 fr. 72, plus intérêts moratoires au taux de 5 % l'an dès le 1^{er} décembre 2009 (terme moyen) (ch. 5); constaté le droit de V_____ à recevoir le paiement de son salaire, correspondant aux indemnités journalières, pour la période du 1^{er} août 2010 au 21 novembre 2010 (ch. 7); débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 8).

En substance, le Tribunal a retenu que V_____ était au bénéfice d'une rente AI depuis le 1^{er} février 1988. En 1989, l'Office régional AI avait contacté la FONDATION A_____ afin de réemployer V_____. FONDATION A_____ (devenue RESIDENCE A_____) était informée de la situation de V_____, à savoir qu'elle était au bénéfice d'une rente AI. Le 21 novembre 2008, V_____ s'était retrouvée en arrêt maladie, attesté par un certificat médical. RESIDENCE A_____ lui a confirmé qu'elle était couverte par une assurance d'indemnités journalières en cas de maladie. Selon le Tribunal, V_____ s'était fiée de bonne foi aux affirmations communiquées par son employeur. C'est pourquoi, ce dernier devait répondre de l'existence de la couverture promise et était tenu de réparer le préjudice subi par V_____ du fait du refus de couverture par l'assurance d'indemnités journalières. Eu égard à ce qui précède, V_____ ayant déjà reçu le paiement pour les indemnités journalières des huit premiers mois de la première année suivant le début de son arrêt maladie, elle devait ainsi recevoir 27'604 fr. 72, correspondant à son droit aux indemnités journalières brutes d'août 2009 à fin juillet 2010, plus intérêts moratoires à 5 % l'an dès le 1^{er} décembre 2009.

S'agissant de la demande reconventionnelle de RESIDENCE A_____ tendant au remboursement de 8'757 fr. 60 correspondant aux indemnités qu'elle aurait versées en trop aux mois de mai, juin et juillet 2009, le Tribunal a retenu qu'en application de l'art. 62 CO, V_____ ayant droit au paiement des indemnités journalières selon la convention collective de travail, RESIDENCE A_____ était tenue de payer les prestations promises que l'assurance collective avait refusé de lui verser. Ce n'était donc pas sans cause que le paiement des salaires pour les mois de mai, juin et juillet 2009 était intervenu. Par conséquent, le Tribunal a débouté RESIDENCE A_____ de cette conclusion.

- T.** Par acte déposé au greffe de la Cour de justice le 15 février 2011, RESIDENCE A_____ a interjeté appel du jugement précité. Elle a conclu préalablement à l'annulation de celui-ci; principalement au déboutement de V_____, et à la condamnation de celle-ci à lui payer 8'757 fr. 60 avec intérêts à 5 % à compter du 15 juin 2009 (terme moyen). Subsidiairement, en cas de confirmation du jugement querellé, elle a conclu à la condamnation de V_____ à lui verser tout montant qu'elle pourrait percevoir de l'assurance invalidité, avec suite de dépens.

En substance, elle a fait valoir que tant la convention collective de travail que le contrat de travail prévoyaient comme seule obligation la conclusion d'un contrat

d'assurance qui lui seul définissait l'indemnisation à laquelle un employé pouvait prétendre en cas de maladie. Au surplus, elle a notamment soutenu que V_____ n'étant pas couverte par l'assurance d'indemnités journalières, RESIDENCE A_____ devait payer le salaire pour un temps limité, soit durant cinq mois, conformément à l'art. 324a CO. C'est pourquoi, ayant versé durant 8 mois son salaire à V_____, elle a conclu, à titre reconventionnel, au remboursement des mois de mai, juin et juillet 2009, soit 8'759 fr. 70. En outre, elle a fait valoir que V_____ avait consenti en sa faveur une remise conventionnelle de dette, selon le courrier du 3 septembre 2009. Dans ce courrier, le curateur de V_____ s'était limité à lui réclamer le paiement des salaires des mois d'août et septembre 2009, soit le paiement des salaires jusqu'au terme du contrat de travail résilié.

Par mémoire de réponse expédié le 7 avril 2011 au greffe de la Cour de justice, V_____, par l'intermédiaire de son conseil, a conclu au déboutement de RESIDENCE A_____ des fins de son appel, et à la confirmation du jugement entrepris.

A l'appui de sa réponse, elle a notamment produit des certificats médicaux, la décision de l'Office cantonal des assurances sociales du 24 septembre 2010 ainsi que des rapports médicaux la concernant.

EN DROIT

1. Aux termes de l'art. 405 al. 1 CPC, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (RS 272), les recours sont régis par le droit en vigueur au moment de la communication de la décision entreprise. S'agissant en l'espèce d'un appel dirigé contre une décision notifiée après le 1^{er} janvier 2011, la présente cause est régie par le nouveau droit de procédure.
2. **2.1** L'art. 308 CPC prévoit que l'appel est recevable contre les décisions finales et les décisions incidentes de première instance et les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles (al. 1). Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (al. 2).

En l'occurrence, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est supérieure à 10'000 fr., soit 34'505 fr. Par conséquent, l'appel est recevable.

2.2 Comme les conclusions de première instance portent sur une valeur litigieuse supérieure à 10'000 fr. en capital, la Cour connaît de la présente cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

2.3 L'appel, écrit et motivé, est introduit auprès de l'instance d'appel dans les 30 jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC). Comme l'appel suspend la force jugée et le caractère exécutoire du jugement entrepris dans la seule mesure des conclusions prises en appel (art. 315 al. 1

CPC), le jugement querellé est entré en force de chose jugée sur les points non attaqués. Par conséquent, seules seront revues les questions soulevées par les conclusions prises dans le présent appel.

2.4.1 Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte qu'aux conditions de l'art. 317 al. 1 CPC, s'ils sont invoqués ou produits sans retard et s'ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise.

2.4.2 En l'espèce, à l'appui de sa réponse, l'intimée a produit des pièces nouvelles. Seules les pièces datées postérieurement au 11 août 2010, date à laquelle la cause a été gardée à juger, seront acceptées. Les autres pièces, à savoir les rapports médicaux, contrat de police d'assurance indemnités journalières collective et feuille y relative seront écartées, pour autant qu'elles n'avaient pas déjà été produites par devant le Tribunal.

3. Il n'est pas contesté que la convention collective de travail conclue entre la Fédération genevoise des établissements médico-sociaux et les syndicats est incorporée au contrat de travail de l'intimée par avenant du 30 décembre 1998. Cette convention collective régit les rapports contractuels entre les parties, les dispositions du Code des obligations s'appliquant pour le surplus.
4. L'appelante conteste le droit de l'intimée aux indemnités journalières des mois d'août 2009 à fin juillet 2010.

4.1 L'art. 324a al. 1 CO dispose que si un travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne, telles que maladie, accident, accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique, l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité, y compris une indemnité équitable pour le salaire en nature perdu, dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois. Un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective peut déroger aux présentes dispositions à condition d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes (art. 324a al. 4 CO).

La dérogation au régime de base doit être convenue en la forme écrite. Mais, comme les droits minimums du salarié sont en cause, le législateur n'a pas voulu que soit reconnue une convention stipulée sous n'importe quelle forme (AUBERT, Commentaire romand, n. 53 ad art. 324a CO; STREIFF/VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5e éd., n. 28 ad art. 324a/b CO). L'accord comportera donc clairement les points essentiels du régime conventionnel (pourcentage du salaire assuré, risques couverts, durée des prestations, modalité de financement des primes d'assurance, le cas échéant durée du délai de carence); il pourra toutefois renvoyer aux conditions générales de l'assurance ou à un autre document tenu à la disposition du travailleur (AUBERT, op. cit., n. 54 ad art. 324a CO; BRÜHWILER, op. cit., n. 23 ad art. 324a CO, p. 163/164; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ,

Commentaire du contrat de travail, 3e éd., n. 21 ad art. 324a CO; STREIFF/VON KAENEL, op. cit., n. 28 ad art. 324 a/b CO).

D'une manière générale, en cas d'incapacité de travail, le droit au salaire cesse en même temps que les rapports contractuels, sauf accord contraire exprès (ATF 113 II 253 consid. 3). Toutefois, la jurisprudence a déjà admis que, lorsqu'il se voit reconnaître, en cas d'incapacité de travail, un droit à des indemnités versées par une assurance pendant une longue période, sans restriction d'aucune sorte, le travailleur peut de bonne foi comprendre qu'il bénéficiera de cette couverture même si le contrat de travail prend fin avant l'épuisement de son droit aux indemnités (ATF 124 III 126 consid. 2b et les réf. cit.).

Selon la jurisprudence, l'employeur qui ne satisfait pas à son obligation contractuelle de conclure une assurance garantissant les prestations convenues répond, en application de l'art. 97 CO, de l'inexécution de cette obligation et doit réparer le dommage qui en résulte pour le travailleur; il doit donc lui verser les montants que l'assurance aurait payés (cf. ATF 127 III 318 consid. 5; 124 III 126 consid. 4; 115 II 251 consid. 4b).

Il revient à l'employeur d'annoncer correctement son employé à l'assurance pour que celui-ci puisse être assuré convenablement et, d'autre part, de porter à la connaissance de l'employé que l'assurance maladie perte de gain - qui faisait partie du contrat de travail - contenait des restrictions concernant les employés au bénéfice d'une rente (Arrêt du Tribunal fédéral 4A_260/2007 du 4 septembre 2007 consid. 4.2).

Le simple fait qu'une assurance soit conclue signifie, selon les usages connus de tous, que la police d'assurance est assortie de conditions générales dont il n'est pas possible de faire abstraction. La doctrine est donc encline à admettre un renvoi général et implicite aux conditions générales, et donc à l'admission des clauses d'exclusion de couverture, à la condition qu'elles soient usuelles; il en va ainsi des clauses relatives aux restrictions en relation avec un état de santé préexistant ou restreignant la couverture dès septante ans. Toute autre interprétation signifierait notamment que tous les risques imaginables liés à une maladie seraient couverts, alors que toute personne raisonnable sait qu'il existe des conditions générales qui contiennent des conditions et restrictions en relation avec l'âge ou les maladies préexistantes; on peut donc se référer à celles-ci, pour autant qu'elles soient usuelles et non insolites (WYLER, Droit du travail, 2008, p. 239-240).

Si le travailleur n'était pas assurable, l'employeur doit payer le salaire pour un temps limité, conformément au régime de base, et non des dommages intérêts. Il lui incombe cependant de prouver qu'aucun assureur n'aurait accepté de couvrir les risques (CARUZZO, Les conséquences de l'empêchement non fautif de travailler: questions choisies, in SJ 2008 II 304).

4.2 En l'espèce, les relations entre les parties sont réglées par la convention collective de travail qui dispose que l'employeur couvrait l'employée par une assurance perte de gain en cas de maladie (art. 5.12 CCT). Selon l'art. 6.1.1 CCT, en cas d'absence pour cause de maladie attestée par un certificat médical, le salaire

était remplacé par une indemnité, selon les contrats d'assurance en vigueur, pour incapacité temporaire de travail. [...] Après la période d'essai, l'indemnité était équivalente à 100 % du salaire les 12 premiers mois et 80 % du 13^{ème} au 24^{ème} mois.

L'appelante a ainsi conclu une assurance d'indemnités journalières collective avec X_____ à compter du 1^{er} janvier 2008. Il résulte des conditions générales d'assurance de celle-ci que les employés partiellement invalides ou handicapés qui, en raison de leur état de santé diminué, exerçaient uniquement une activité à temps partiel dans l'entreprise assurée, devaient être entièrement capables de travailler le jour où ils commençaient le travail ou le jour où débutait l'assurance pour l'occupation à temps partiel qui a été convenue. Une aggravation passagère ou durable de l'affection qui avait conduit à l'invalidité partielle n'était pas assurée (art. 8.5 CGA).

L'appelante relève que compte tenu de la rente AI de l'intimée, dès le début des rapports de travail en 1989, elle se trouvait dans l'impossibilité d'assurer la perte de gain de celle-ci. Or l'intimée était au bénéfice d'une rente AI depuis le 1^{er} février 1988 en raison de son faible quotient intellectuel. A la lecture du rapport de l'Office régional AI du 26 octobre 1989, il apparaît que la FONDATION A_____ avait été informée de la situation de l'intimée et qu'elle avait accepté de reprendre celle-ci à mi-temps en tant qu'auxiliaire-hospitalière pour un salaire brut de 1'448 fr. 30 par mois et ceci depuis le 2 octobre 1989. En outre, le 16 mars 2004, un document intitulé "formulaire pour l'employeur" avait été envoyée à l'appelante par l'Office cantonal de l'Assurance Invalidité. Il en résulte que l'appelante ne paraît pas avoir pu ignorer que son employée était au bénéfice de l'AI. En tout état, même si l'on retenait la thèse de l'appelante selon laquelle elle n'aurait connu ce fait qu'en avril 2009, à réception du courrier du curateur de l'intimée, c'est postérieurement à cette date, soit le 8 juin 2009, qu'elle a résilié le contrat de travail de l'intimée pour le 30 septembre 2009. Or ce courrier précisait expressément que s'agissant de la maladie survenue avant la fin des rapports de service, les prestations continuaient à être servies par l'assurance X_____ pendant 730 jours avec imputation des indemnités versées avant la fin du contrat de travail, au maximum cependant jusqu'à l'invalidité déclarée. L'appelante aurait dû attirer l'attention de l'intimée sur une éventuelle exclusion de couverture par l'assurance dans son cas, vu l'invalidité existante, et ne pas se contenter d'envoyer un courrier comportant une formule standard et non adaptée au cas spécifique de son employée. Ce faisant, l'appelante a conforté l'intimée dans l'idée erronée qu'elle serait couverte.

En outre, il apparaît qu'à la simple lecture de l'art. 5.12 de la convention collective de travail, l'intimée pouvait partir de l'idée que le risque maladie était couvert. Quand bien même elle avait participé aux séances d'information organisées par l'employeur afin d'instruire les employés sur les conditions d'exclusion d'assurance, on ne pouvait attendre de l'intimée, si toutefois la clause d'exclusion pour invalidité avait été exposée lors de ces séances, qu'elle retienne les conditions d'exclusion de l'assurance d'indemnités journalières collective, eu égard à son faible quotient intellectuel dont l'appelante avait connaissance. Au

demeurant, lors de ces séances, seul un résumé des conditions d'assurance avait été distribué aux employés. Ce document ne précisait rien quant à l'art. 8.5 CGA.

Par conséquent, en s'étant engagée à mettre l'intimée au bénéfice d'une assurance d'indemnités journalières collective pendant 730 jours sans réserve, l'appelante répond de l'existence de la couverture promise. Elle est donc tenue de réparer le préjudice qu'elle cause au travailleur, bien qu'elle n'ait pu conclure l'assurance promise du fait de l'aggravation d'une situation préexistante de l'intimée. L'appelante aurait dû attirer l'attention de l'intimée, en particulier, sur la clause d'exclusion de l'art. 8.5 CGA, compte tenu du fait qu'elle savait que l'intimée bénéficiait d'une demi-rente AI, ainsi que cela ressort notamment du rapport de l'Office cantonal AI du 26 octobre 1989. En outre, avant de conclure le contrat d'assurance d'indemnités journalières avec X_____, l'appelante avait complété un formulaire relatif à l'analyse des risques. Elle y avait précisé avoir des employés qui bénéficiaient d'une rente AI. En tout état, le 17 avril 2009, le curateur de l'intimée lui avait précisé qu'il fallait ouvrir un dossier d'invalidité. Aussi, l'appelante aurait dû, au plus tard, lors de la résiliation des rapports de travail le 8 juin 2009, l'informer du fait que l'intimée n'était pas couverte par l'assurance d'indemnités journalières collective.

Le calcul des indemnités perte de gain s'effectue selon les termes de la convention collective, soit 100 % du salaire pendant la première année et à 80% du salaire pendant la deuxième année. Ainsi, ayant déjà reçu le paiement par l'appelante pour les indemnités des huit premiers mois de la première année suivant le début de son arrêt maladie, elle a droit à 27'604 fr. 72, ([4 mois x 2'654 fr. 30 x 100 %] + [8 mois x 2'654 fr. 30 x 80 %]), correspondant à son droit aux indemnités journalières brutes d'août 2009 à fin juillet 2010, plus intérêts à 5 % l'an à compter du 1^{er} décembre 2009 (terme moyen), comme l'a correctement calculé le Tribunal.

Pour la période du 1^{er} août 2010 au 21 novembre 2010, la Chambre des Prud'hommes constatera le droit de l'intimée au paiement de son salaire sous forme d'indemnités pour perte de gain, ainsi qu'il a été retenu par le Tribunal.

Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas déterminant d'examiner la remise conventionnelle de dette soutenue par l'appelante. En effet, le courrier du 3 septembre 2009 de l'intimée ne peut pas être compris comme tel, en tout état, il n'exclut pas la possibilité de réclamer par la suite le paiement du salaire pour une durée de 730 jours.

Par conséquent, le jugement sera confirmé sur ce point.

5. L'appelante conclut également à la condamnation de l'intimée à lui verser 8'757 fr. 60 avec intérêts à 5 % l'an à compter du 15 juin 2009 (terme moyen) pour le remboursement du salaire perçu aux mois de mai, juin, juillet 2009.

L'article 62 CO traite de l'enrichissement illégitime. Il prévoit que la restitution est due, en particulier, de ce qui a été reçu sans cause valable, en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée ou d'une cause qui a cessé d'exister. Le transfert de

valeur, bien qu'efficace, n'est cependant pas justifié en droit dans son résultat. Tel est le cas en l'absence d'un rapport juridique valable qui justifierait ce transfert (Commentaire romand, ad art. 62 p. 428).

5.2 En l'espèce, ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, l'intimée avait droit au paiement des indemnités journalières.

Par conséquent, ce n'est pas sans cause que le paiement des salaires de l'intimée est intervenu, pour les mois de mai, juin et juillet 2009. Selon la convention collective de travail, 100% du salaire est versé durant la première année, aussi ces montants ne doivent aucunement être remboursés.

Par conséquent, le jugement sera confirmé sur ce point.

- 6.** Enfin, l'appelante conclut nouvellement et à titre subsidiaire en cas de confirmation du jugement attaqué, sans autre précision, à la condamnation de l'intimée à lui verser tout montant que celle-ci pourrait percevoir de l'assurance invalidité.

Aux termes de l'art. 317 al. 2 CPC, la demande ne peut être modifiée que si les conditions fixées à l'art. 227 al. 1 CPC sont remplies et si la modification repose sur des faits ou des moyens de preuves nouveaux.

L'appelante ne démontre pas que les conditions fixées à l'art. 227 al. 1 CPC sont remplies et quels fait ou moyens de preuves nouveaux justifieraient ses conclusions subsidiaires, en particulier, ce qui justifierait la condamnation de l'intimée au montant qu'elle pourrait percevoir de l'assurance invalidité. Qui plus est s'agissant des prétentions qui n'auraient pas été du ressort du Tribunal des Prud'hommes (art. 1 al. 2 let. b LTPH ou 1 aLJP).

Par conséquent, cette conclusion n'est pas recevable.

- 7.** Il n'est pas alloué de dépens ni d'indemnité pour la représentation en justice dans les causes soumises à la juridiction des prud'hommes (art. 17 LaCC). En outre, aucun émolument forfaitaire n'est perçu, compte tenu de la valeur litigieuse (art. 71 RTFMC).

PAR CES MOTIFS

La Chambre d'appel des prud'hommes, groupe 5

A la forme :

- Déclare recevable l'appel formé par RESIDENCE A_____ SA contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 11 janvier 2011 (TRPH/17/2011) dans le cadre de la procédure C/10047/2010, à l'exception de la conclusion subsidiaire.

Au fond :

- Confirme ledit jugement.
- Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant : Madame Sylvie DROIN, présidente, Monsieur Michel CHEVILLAT, juge employeur, Madame Pierrette FISHER, juge salariée, Madame Véronique BULUNDWE-LEVY, greffière

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à fr. 15'000.-.