

# **GE\_GERICHTE CAPH/166/2009 vom 26. November 2009**

GE Cour de justice, 2009-11-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_CAPH\\_166\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_CAPH_166_2009)

FR: GE\_GERICHTE CAPH/166/2009 du 26 novembre 2009

IT: GE\_GERICHTE CAPH/166/2009 del 26 novembre 2009

## **Regeste**

Résumé: L'employeur qui omet de rendre attentif son employé sur le fait que sa couverture perte de gain est plafonnée à un montant largement inférieur au salaire annuel réellement perçu par lui, doit supporter le dommage qu'il lui fait subir. En effet, doctrine et jurisprudence admettent que l'employeur qui s'engage à assurer l'employé ou qui n'attire pas l'attention de celui-ci sur son obligation de s'assurer lui-même, doit réparer le préjudice subi par l'intéressé. La Cour réforme ainsi le jugement querellé et alloue à T une indemnité perte de gain à concurrence de 80% calculée sur la différence entre le salaire perçu et le montant assuré.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté dans la forme et les délais prévus par la loi (art. 59 de la loi sur la juridiction des prud'hommes, ci-après: LJP), l'appel est recevable.

### **E. 2**

Il est établi, et non contesté, que les parties étaient liées par un contrat de travail soumis au droit suisse et que la juridiction des prud'hommes est compétente.

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/2369/2008 - 4 17

\* COUR D'APPEL \*

### **E. 3**

L'appelant n'a pas formé appel contre le refus des premiers juges de lui allouer trois mois de salaire afférent au délai de congé. Il admet donc cette partie du dispositif du jugement et il n'y sera pas revenu.

### **E. 4**

L'art. 8 CC répartit le fardeau de la preuve pour toutes les prétentions fondées sur le droit fédéral et détermine, sur cette base, laquelle des parties doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve (ATF 130 III 321 consid. 3.1 p. 323; 127 III 519 consid. 2a p. 522; 126 III 189 consid. 2b, 315 consid. 4a). On déduit également de l'art. 8 CC un droit à la preuve et à la contre-preuve (ATF 129 III 18 consid. 2.6 et les arrêts cités). En particulier, le juge enfreint cette disposition s'il tient pour exactes les allégations non prouvées d'une partie, nonobstant leur contestation par la partie adverse, ou s'il refuse toute administration de preuve sur des faits pertinents en droit (ATF 130 III 591 consid. 5.4 p. 601/602 et l'arrêt cité).

En revanche, l'art. 8 CC ne prescrit pas quelles sont les mesures probatoires qui doivent être ordonnées (ATF 127 III 519 consid. 2a), ni ne dicte au juge comment forger sa conviction (ATF 128 III 22 consid. 2d p. 25; 127 III 248 consid. 3a, 519 consid. 2a). Il n'exclut ni l'appréciation anticipée des preuves, ni la preuve par indices (ATF 129 III 18 consid. 2.6 p. 25; 127 III 520 consid. 2a; 126 III 315 consid. 4a).

## **E. 5**

La principale question à examiner concerne la garantie alléguée par l'appelant d'une couverture par l'intimée de la perte de gain représentant la différence entre le montant assuré par la couverture de base, plafonnée à 200'000 fr., et le salaire réel, soit 302'100 fr.

### **E. 5.1**

A teneur de l'art. 324a CO, si le 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 (al. 1); sous réserve de délais plus longs fixés par accord, contrat-type de travail ou convention collective, l'employeur paie pendant la première année de service le salaire de trois semaines et, ensuite, le salaire

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/2369/2008 - 4 18

\* COUR D'APPEL \*

pour une période plus longue fixée équitablement, compte tenu de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières (al. 2).

Ces normes instituent un régime légal de base, correspondant à un seuil minimal de protection auquel il n'est pas possible de déroger au détriment du travailleur (Wyler, Droit du travail, Berne 2008, p. 206; Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2e éd., note introductive ad art. 324a CO, p. 143 in medio; Favre Moreillon, Droit du travail, Bâle 2004, p. 37). Eu égard à la protection qu'elles confèrent, elles complètent le droit suisse des assurances sociales (Rehbinder, Commentaire bernois, n. 1 ad art. 324a CO; Staehelin, Commentaire zurichois, n. 2 ad art. 324a CO).

### **E. 5.2**

L'art. 324a al. 4 CO confère à l'employeur et au travailleur la faculté de déroger au régime de base susmentionné. Ainsi, il est possible, par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective, de prévoir des prestations qui ont une valeur globalement équivalente à celles découlant dudit régime de base (cf., sur cette notion d'équivalence, arrêt 4C.419/1993 du 17 novembre 1994, consid. 4, publié in SJ 1995 p. 784, et arrêt P.1523/1981 du 4 février 1982, publié in SJ 1982 p. 574).

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/Waeber/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).

### **E. 5.3**

Selon l'échelle de Berne, à laquelle l'intimée s'est référée, le salaire est dû pendant trois mois entre la 5ème et la 9ème année.

### **E. 5.4**

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'article 324a al. 1er CO. Ainsi, l'employeur qui s'engage à mettre son employé au bénéfice d'une assurance

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/2369/2008 - 4 19

\* COUR D'APPEL \*

individuelle ou collective contre la maladie répond de l'existence de la couverture promise. Il est tenu de réparer le préjudice qu'il cause au travailleur en omettant de conclure les contrats nécessaires. Les dommages- intérêts qui doivent être alloués de ce chef couvrent l'intérêt que l'employé avait à l'existence d'une assurance conforme aux termes du contrat de travail et correspondent aux prestations qu'il aurait reçues de la compagnie pour la réalisation du risque considéré (ATF du 25 avril 2002 en la cause 4C.50/2002 ; ATF 127 III 318, consid. 4 ; ATF 115 II 251, consid. 4b). Ce principe prévaut également dans le cas d'une couverture d'assurance moindre que celle promise (ATF du 11 septembre 1995, publié in SJ 1996, p. 371) et pour toutes les négligences dont pourrait faire preuve l'employeur, telles que retard ou non-versement des cotisations dues à l'assurance, annonce tardive des cas d'empêchement de travailler, etc. (Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, op. cit., n. 23 ad art. 324a CO).

Ont d'une manière générale été considérées équivalentes au régime minimum légal les prestations d'une assurance garantissant des indemnités journalières égales à 80% du salaire pendant sept cent vingt jours sur une période maximum de neuf cents jours, payables dès le troisième jour de maladie, et dont l'employeur paie deux tiers des primes (cf. ATF du 17 novembre 1994, publié in JAR 1995, p. 112 ; SJ 1982, p. 575 ; Wyler, op. cit., p. 238; Aubert, op. cit., ad art. 324a CO, p. 1716).

Lorsque l'employeur omet de conclure une assurance individuelle ou collective au bénéfice du travailleur, alors qu'il s'y est obligé, il doit réparer le préjudice subi par l'intéressé, que l'inexécution soit totale ou partielle. La réparation due de ce chef couvre l'intérêt que l'employé avait à l'existence d'une assurance conforme aux termes du contrat de travail et correspond donc aux prestations qu'il aurait reçues de l'assurance pour la réalisation du risque considéré. Que l'employeur omette d'assurer son employé, alors qu'il s'était engagé à le faire, ou qu'il n'attire pas l'attention de celui-ci sur son obligation de s'assurer lui-même, ne change pas le résultat. L'attitude de l'employé, qui pouvait de bonne foi considérer que

l'employeur s'était engagé à conclure une assurance couvrant l'incapacité en question, doit être protégée (Wyler, op. cit., pp. 242-243).

La portée de la promesse faite par l'employeur de mettre le travailleur au bénéfice d'une assurance d'indemnités journalières en cas de maladie s'interprétera conformément au principe de la bonne foi. Si le travailleur était assurable, l'employeur devra réparer le préjudice subi par le travailleur, résultant de l'inexécution de l'engagement pris (art. 97 CO) (SJ 2008 II 302).

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/2369/2008 - 4 20

\* COUR D'APPEL \*

Sous l'angle de l'art. 97 CO, le débiteur peut être recherché, mais seulement à la condition que le dommage subi se trouve dans un lien de causalité à la fois naturelle - dans les faits - et adéquate - c'est-à-dire suffisamment prévisible selon l'expérience générale de la vie - avec l'inexécution du contrat. En la matière, la charge de la preuve incombe au créancier lésé (ATF 115 II 440 = JdT 1990 I 362, cons. 4/a; Wiegand, Commentaire bâlois, 2ème Ed., n° 41 ad art. 97 CO).

### **E. 5.5**

En l'espèce, le régime de base prévu par l'intimée comportait un plafonnement à 200'000 fr., dont il n'était possible de se départir qu'au travers de démarches devant être accomplies au nom de l'employé. Il ressort de la procédure que l'intimée n'a pas démontré avoir exposé à ses employés la consistance de l'assurance conclue, ni leur avoir proposé de conclure une assurance complémentaire pour la part du gain supérieure à 200'000 fr., laquelle supposait de se soumettre volontairement à un examen médical. L'appelant a pour sa part démontré que le courtier en assurance de l'intimée lui avait fourni une attestation pour un gain assuré de 300'000 fr., payable à 80% du 90ème au 730ème jour.

Avant de venir à Genève, l'appelant s'est en effet renseigné sur divers points relatifs notamment aux délais de résiliation, mais aussi au sujet de ses assurances, souhaitant obtenir des conditions identiques à celles qu'il avait à Londres. C'est lors de cette phase initiale que l'intimée lui a transmis le décompte de son courtier, cité ci-dessus, qui faisait précisément état d'un salaire assuré maximum de 300'000 fr., sans examen préalable ni condition particulière. A ce sujet, c'est à tort que le Tribunal a reproché à l'intimé une erreur ou un excès de traduction, car il se référait à une pièce incomplète (pce 8 et 8') alors que la même pièce se trouvait in extenso dans un autre chargé (pce 3; cf. supra ad c.c.). Ce problème d'assurance n'ayant plus fait par la suite, à teneur des pièces rapportées, l'objet de discussions entre les parties, il appartenait à l'employeur d'informer l'employé que cette problématique était réglée différemment par l'assurance, afin de lui permettre de s'annoncer auprès de celle-ci et d'obtenir la couverture supplémentaire couvrant la différence entre 200'000 fr. et 300'000 fr. En n'informant pas l'appelant de ses droits et devoirs, l'intimée a failli à son devoir de renseignement au sens rappelé de la doctrine ci-dessus (cf. ad 5.4.). Elle doit en conséquence supporter le dommage qu'elle a fait subir à son employé. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle le TCAS est parvenu lorsqu'il déclare "Ce faisant, l'employeur a considéré qu'il prenait à sa charge, selon l'obligation qui lui incombait, le solde de 102'100 fr. en cas d'incapacité de travail de son employé, ce qui a effectivement été le cas dès

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/2369/2008 - 4 21

\* COUR D'APPEL \*

lors que du 9 septembre 2002 au 30 mai 2003, le demandeur a reçu l'entier de son salaire, alors que l'assurance a uniquement versé à l'employeur pendant 106 jours des indemnités journalières de 439 fr. correspondant au 80 % de 200'000 fr.. (cf. ATCAS, p. 25). Cette conclusion doit toutefois être doublement précisée, à savoir que l'appelant ne peut obtenir plus que ce que l'assurance lui aurait versé, soit un maximum à prendre en considération de 300'000 fr., qui aurait été couvert à 80%, rien n'indiquât, et cela étant contraire à la pratique, que les montants supérieurs à 200'000 fr. seraient intégralement couverts. Les primes étant en principe couvertes, in casu, par l'intimée, aucune déduction n'interviendra de ce chef. Il conviendra également de réduire de la somme allouée les montants directement perçus par l'appelant entre le 23 mars et le 31 mai 2003, sans quoi il percevrait pour cette période un double salaire, ce qui n'est pas admissible. La prescription eu égard à cette restitution n'est pas acquise, au vu de la date alléguée par l'intimée à laquelle elle a eu connaissance de son droit, et étant de toute manière invocable s'agissant d'une compensation.

Au surplus, les témoins entendus n'ont pas fait état d'éléments allant dans le sens de ce que plaide l'intimée, au contraire. Ainsi, deux de ses employés, K\_\_\_\_\_ et J\_\_\_\_\_, ont relevé des carences d'organisation et d'informations. C'est ainsi que le premier nommé, en charge de fonctions importantes, ne savait même pas le niveau de salaire assuré, puisqu'il l'évaluait à 50'000 fr. au dessus de la réalité. Ce même témoin précisait qu'à sa connaissance, le contrat d'assurance ne prévoyait pas de visite médicale pour les employés bénéficiant d'un haut salaire, ce qui est aussi erroné, avant d'ajouter que la communication n'était pas très bien organisée et qu'il avait appris tardivement que le dépassement de la limite n'était pas couvert, que la possibilité de s'assurer individuellement pour ce dépassement était excessivement rare et que cela n'avait pas été communiqué aux cadres concernés. Les enquêtes ont donc conforté l'appréciation des preuves effectuées à partir des pièces.

Il s'ensuit que l'intimée est responsable du fait que son ancien employé n'a pas été mis en mesure de s'assurer pour la différence entre le salaire assuré par le contrat de base, soit 200'000 fr. et celui que l'assurance était prête, sous condition, à prendre en charge au maximum, soit 300'000 fr. et qu'elle doit réparation de ce fait. Le décompte des montants dus se présente dès lors ainsi.

La différence salariale qui aurait dû être prise en compte était de 100'000 fr., à 80%, soit 219 fr. 20 par jour ou 132'177 fr. 60 pour 603 jours, et durant 37 jours, 109 fr. 60 par jour, soit 4'055 fr. 20, pour tenir compte de sa capacité

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/2369/2008 - 4 22

\* COUR D'APPEL \*

partiellement retrouvée, représentant un total de 136'232 fr. 80, les trois mois de carence ayant déjà été payés, ce qui n'est plus contesté. De ce montant doit être déduite la somme retenue par le TCAS comprenant les jours d'indemnités du 23 mars 2003 au 31 mai 2003, équivalant à 30'370 fr. pour une période durant laquelle l'appelant avait par ailleurs perçu l'intégralité de son salaire. Il lui revient en définitive 105'862 fr. 80, plus intérêts à une date

moyenne par rapport aux dates d'exigibilités, soit environ 320 jours après le 31 mai 2003.

#### **E. 6**

Compte tenu du résultat de l'appel, à savoir que les parties obtiennent chacune approximativement la moitié de leurs conclusions, l'émolument perçu reste acquis à l'Etat et l'intimée devra le prendre en charge dans la même proportion. Par ailleurs, les intérêts en présence, comportant une valeur litigieuse substantielle, la complexité de la cause et l'importance de l'activité déployée à la solution du litige justifient la mise à la charge de l'appelant d'un émolument complémentaire à celui de mise au rôle déjà perçu en vertu de l'art. 42 du Règlement fixant le tarif des greffes en matière civile (art. 24, 25 al. 1, 42A dudit Règlement). Comptent notamment pour la fixation de cet émolument les écritures et les pièces déposées par les parties, en nombre considérable, et le tri des arguments, pas nécessairement aisé à effectuer, au travers d'une tendance affirmée de reprendre les éléments de la première procédure pour une bataille qui n'avait pas lieu d'être, éléments qui ont notablement accru le travail des juges d'appel. Pour des raisons identiques à celles développées pour l'émolument d'appel, chaque partie sera chargée d'un émolument complémentaire identique.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.