

GE_GERICHTE C/6610/2010 vom 29. November 2011

GE Cour de justice, 2011-11-29, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_6610_2010

FR: GE_GERICHTE C/6610/2010 du 29 novembre 2011

IT: GE_GERICHTE C/6610/2010 del 29 novembre 2011

Regeste

; CESSION D'UN PATRIMOINE OU D'UNE ENTREPRISE ; EXÉCUTION DE L'OBLIGATION ; PERTE DE GAIN ; MALADIE ; INDEMNITÉ JOURNALIÈRE ; RAPPORTS INTERNES

Volltext

Genève Cour de Justice (Cour civile) Chambre des prud'hommes 29.11.2011 C/6610/2010 C/6610/2010 CAPH/201/2011 (3) du 29.11.2011 sur TRPH/856/2010 (CA), PARTIELMNT CONFIRME Descripteurs : ; CESSION D'UN PATRIMOINE OU D'UNE ENTREPRISE ; EXÉCUTION DE L'OBLIGATION ; PERTE DE GAIN ; MALADIE ; INDEMNITÉ JOURNALIÈRE ; RAPPORTS INTERNES En fait En droit Par ces motifs Monsieur D_____ Dom.élu : Me Cyrille TARDIN Case postale 3304 1211 Genève 3 Partie appelante D'une part J_____ SA Dom.élu : Me Marc MULLEGG Avenue Général-Guisan 64 Case postale 7399 1002 Lausanne C_____ SA Dom.élu : Me Fabienne FISCHER Quai Gustave-Ador 26 Case postale 1211 Genève 6 Parties intimées D'autre part ARRÊT du 29 novembre 2011 M. Blaise GROSJEAN, président M. Jean-Claude GAUTHEY, juge employeur M. Yves DUPRE, juge salarié M. Pierre-Alain STAHLI, greffier d'audience EN FAIT Par acte déposé à l'office postal le 30 décembre 2010, D_____ appelle d'un jugement du Tribunal des prud'hommes du 1 er décembre 2010 rendu dans la cause n° C/6610/2010-1, expédié pour notification aux parties par pli recommandé du 1 er décembre 2010. Le dispositif est le suivant : Préalablement : déclare recevable la demande formée le 29 mars 2010 par D_____ contre J_____ SA et C_____ SA ; Cela fait : déboute les parties de toutes leurs conclusions. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure : C_____ SA est une société genevoise dont le but est la fabrication, la vente, la mise en location et la commercialisation d'échafaudages, de tentes, de structures tubulaires et autre matériel s'y rapportant. Par contrat passé oralement, C_____ a engagé D_____, à partir du 1 er septembre 2005, en qualité de monteur en échafaudage. J_____ SA est une société genevoise dont le but est le montage, l'achat, la vente et la location d'échafaudages en Suisse et à l'étranger. Par contrat de vente du 20 avril 2009, C_____ a transféré la partie échafaudage de la société à J_____, notamment le matériel et une partie du personnel. D_____ était inscrit sur la liste du personnel dressée d'un commun accord entre les deux sociétés. Par courrier du 29 avril 2009, C_____ a résilié les rapports de travail pour le 30 avril 2009 et J_____ a confirmé l'engagement de D_____ pour le 1 er mai 2009 avec la garantie de tous les droits acquis auprès de son dernier employeur. C_____ a également résilié le contrat d'assurance perte de gain en cas de maladie conclu avec la compagnie d'assurance G_____ en faveur de l'appelant pour le 30 avril 2009. D_____ a été en incapacité totale dès le 19 mai 2009. Par attestation du 28 mai 2009, la Doctoresse S_____ indique que D_____ souffrait d'une rechute douloureuse

d'une cervicobrachialgie C6-C7 D à la suite d'un accident survenu en avril 2007 et d'une opération subie en janvier 2008. Les certificats médicaux ultérieurs indiquaient que l'employé était en incapacité de travail pour cause d'accident et non plus de maladie. D_____ a perçu un salaire horaire brut de fr. 27.03 ainsi qu'un treizième salaire. J_____ a déduit mensuellement sur son salaire les cotisations pour l'assurance perte de gain en cas de maladie. Le 8 juin 2009, J_____ a accepté l'offre de la compagnie d'assurance H_____ concernant l'assurance perte de gain en cas de maladie et indiqué que D_____ était en incapacité de travail depuis le 19 mai 2009 pour une durée indéterminée. D_____ a rempli une déclaration de santé à H_____. Cette dernière a délivré la police d'assurance du 21 juillet 2009 en excluant de sa couverture D_____. Par pli recommandé du 22 juillet 2009, J_____ a résilié les rapports de travail pour le 30 septembre 2009 au motif qu'aucune des assurances contactées n'avaient accepté de l'assurer. Par courrier du 21 août 2009, D_____ a manifesté sa stupéfaction envers son exclusion de l'assurance pour laquelle il payait des primes. Le même jour, il a informé C_____ de son incapacité de travail à la suite d'un blocage cervical complet avec intensification des douleurs ainsi que de sa demande de détermination à G_____, qui avait versé des prestations. Par courrier du 2 septembre 2009, G_____ a informé D_____ que le contrat avec C_____ ne concernait que la perte de gain en cas de maladie lui laissant le soin de s'adresser directement à la compagnie d'assurance S_____ s'agissant d'un cas d'accident. Elle relève enfin que l'appelant n'est plus assuré par le contrat collectif de C_____. Par lettre du 21 août 2009, D_____ a demandé à H_____ confirmation de son refus d'entrer en matière à la suite de l'incapacité de travail du 19 mai 2009. H_____ a répondu en envoyant une copie de la police d'assurance et en expliquant que J_____ n'avait pas contesté les faits dans les 30 jours et que la police était entrée en vigueur au 1^{er} mai 2009 avec cette exclusion. D_____ a reçu de J_____ l'intégralité du salaire pour les mois de juin à septembre 2009. J_____ a remboursé à son employé les cotisations pour l'assurance perte de gain en cas de maladie prélevées sur son salaire. Le 25 septembre 2009, D_____ a informé J_____ des refus d'intervenir des caisses d'assurance contactées et lui a réclamé d'intervenir en lieu et place de l'assurance. De fait, l'incapacité de D_____ a duré jusqu'au 15 décembre 2009. Il percevait des indemnités chômage depuis cette date. Le 29 mars 2010, D_____ a saisi la Juridiction des prud'hommes et a demandé : fr. 9'761.00, plus intérêts à 5% l'an dès le 30 octobre 2009 à titre de salaire pour la période du 1^{er} octobre au 15 décembre 2009 ; fr. 27'030.00, plus intérêts à 5% l'an dès 29 mars 2010 à titre d'indemnité pour résiliation abusive. L'appelant a également conclu à la constatation de la responsabilité de C_____ et J_____ concernant son impossibilité d'être assuré pour le risque perte de gain en cas de maladie, ainsi qu'à la réserve d'une révision du jugement pour une durée minimum de cinq ans afin de fixer le montant des dommages-intérêts. D_____ estimait que le transfert d'entreprise lui garantissait les droits acquis au sein de C_____, dont la couverture d'assurance perte de gain en cas de maladie. J_____ était responsable du défaut de couverture ayant entraîné l'absence de salaire du 1^{er} octobre au 15 décembre 2009 durant son incapacité de travail. Il explique enfin que la résiliation des rapports de travail était abusive, car le but de J_____ était de ne plus prendre à sa charge le paiement du salaire en cas d'incapacité de D_____. Ce dernier reproche à C_____ de ne pas l'avoir informé de la possibilité de maintien de la couverture d'assurance en tant que membre individuel. Dans son mémoire réponse du 4 juin 2010, J_____ estime ne rien devoir à D_____, n'étant pas responsable de l'absence de couverture d'assurance perte de gain en cas de maladie. A l'audience du 6 juillet 2010, D_____ a déclaré notamment avoir déposé une demande à

l'assurance-invalidité en août 2009 sur ordre de son médecin pour un changement de métier. Le témoin K_____, conseiller en assurances, assermenté, a indiqué avoir reçu une demande d'offre d'un courtier représentant J_____. A réception de la proposition signée, le courtier avait informé l'assurance de l'incapacité de travail de D_____. Le contrat prenait effet rétroactivement au 1^{er} mai. La décision d'exclusion faisait suite aux rapports médicaux et avait été prononcée par le service médical d'H_____. Au cours des enquêtes, le témoin M_____, employée d'assurances assermentée, gestionnaire des sinistres a été entendue. Elle a expliqué que la notion de libre passage n'existait pas dans le cadre d'un transfert d'entreprise, excepté en cas de licenciement ou de maladie. Du moment que l'employé a un nouvel employeur, il ne peut pas être assuré individuellement, sauf s'il prouve qu'il n'a pas d'assurance perte de gain maladie. La demande individuelle porte sur une nouvelle assurance et un questionnaire médical est demandé ainsi qu'une visite médicale. D_____ a déclaré que le Tribunal cantonal des assurances sociales, reconnaissant l'accident, avait rendu une décision en sa faveur concernant l'incapacité de 2008. Cette décision n'est, en revanche, pas définitive, S_____ ayant recouru auprès du Tribunal fédéral. J_____, pour sa part, a relevé l'éventualité d'indemnisation par S_____ pour son accident dans l'hypothèse où le Tribunal fédéral devait confirmer la décision du Tribunal cantonal des assurances sociales. C_____, quant à elle, a renvoyé les premiers juges à l'article 9 al.3 de la 2^{ème} annexe de la CCNT concernant le libre passage. Dans son jugement du 1^{er} décembre 2010, le Tribunal a considéré qu'il y avait eu transfert d'une partie de l'entreprise de C_____ à J_____, qu'ainsi les rapports de travail existant entre C_____ et D_____ avaient été transférés à J_____ avec tous les droits et obligations que l'employé avait auprès de son ancien employeur et que par conséquent, les deux sociétés devaient en outre répondre solidairement et conjointement des éventuelles créances du demandeur. J_____ avait l'obligation d'assurer son employé auprès d'une assurance perte de gain en cas de maladie. Il ne pouvait être reproché aucune faute à J_____, car celle-ci a tout entrepris afin que le demandeur soit assuré. S'agissant de la résiliation abusive, le Tribunal a rejeté la demande, le demandeur n'ayant pas fait valoir des prétentions découlant de son contrat de travail. Dans son acte d'appel, D_____ fait grief aux premiers juges d'avoir considéré que J_____, qui avait tout entrepris afin que son employé soit assuré, n'avait pas commis de faute. Il reproche également aux premiers juges d'avoir considéré que les enquêtes avaient également permis d'établir que D_____ avait été exclu de l'assurance H_____ par le service médical qui s'était basé sur les certificats médicaux de l'intéressé ainsi que sur le questionnaire qu'il avait dû remplir, et d'en avoir conclu que D_____ n'était pas assurable à cause de ses antécédents médicaux, lesquels étaient antérieurs au 1^{er} mai 2009, et non pas parce qu'il se trouvait en incapacité de travail au moment d'être assuré. Il reproche aux premiers juges de n'avoir retenu aucune faute de la part de C_____. Enfin, d'avoir considéré que J_____ avait résilié le contrat afin de rester en conformité avec la CCNT. Dans sa réponse à l'appel du 28 février 2011, J_____ prétend ne pas avoir commis de faute, car elle avait mandaté une société de courtage pour gérer son portefeuille d'assurances et négocier tous les contrats d'assurance. Elle relève que l'appelant a été exclu de l'assurance H_____ par le service médical qui s'est basé sur les certificats médicaux de l'appelant, ainsi que sur le questionnaire qu'il avait dû remplir. L'impossibilité d'être assuré à l'avenir pour le risque perte de gain en cas de maladie serait également due aux antécédents médicaux de l'appelant, qui ne pourrait pas subir de dommage futur, étant donné qu'il a recouvré sa pleine capacité et a perçu des indemnités de chômage depuis le 16 décembre 2009. J_____ estime que la résiliation n'était pas abusive,

car elle avait versé à l'appelant deux mois et demi de salaire de plus que ce à quoi il était tenu en vertu de l'article 324a al.2 CO. Enfin, J_____ excipe de la compensation. C_____ prétend, quant à elle, que la garantie des droits acquis avant le transfert suffisait à considérer qu'elle avait entièrement rempli ses obligations, notamment son devoir d'information. A l'audience du 23 mai 2011, les parties ont persisté dans leurs conclusions. D_____ a déposé l'arrêt du 10 mars 2011 du Tribunal fédéral qui a admis le recours de la Caisse _____ considérant que l'incapacité de janvier 2008 n'était pas due à l'accident, mais à une anomalie congénitale. C_____ a expliqué que si elle avait su que D_____ ne pouvait pas être assuré en passant chez J_____, elle l'aurait gardé au sein de sa société. Le témoin V_____, infirmière en psychiatrie de profession et travaillant au service examen des risques chez H_____ a constaté sur le formulaire de déclaration de santé de D_____ un certain nombre de réponses qui déterminaient un risque élevé excluant qu'H_____ puisse décider de l'assurer. Elle a ajouté que pour H_____, une incapacité à 100% et un traitement suffisaient à exclure l'assurance. Madame B_____, médecin-conseil d'H_____, également entendue comme témoin, a déclaré qu'elle aurait préavisé négativement vu le certificat médical des HUG, même si la réponse à la question 3A du formulaire de déclaration de santé avait été négative. Pour le surplus, l'argumentation des parties sera examinée ci-dessous, dans la mesure utile à la solution du présent litige. EN DROIT Conformément à l'article 405 al. 1 CPC du 19 décembre 2008, les recours sont régis par le droit en vigueur au moment de la communication de la décision aux parties. C'est donc à la lumière de la loi de procédure civile genevoise (aLPC) et de la loi sur la juridiction des prud'hommes genevoise (aLJP) que devra être examiné le présent appel. Déposé dans le délai et la forme prévus à l'article 59 aLJP, les appels sont recevables à la forme. Les conclusions prises en première instance portant sur une valeur supérieure à fr. 8'000.00, le Tribunal a statué en premier ressort. La Cour revoit donc la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 24 et 25 a LOJ ; 291 aLPC ; G. Aubert, Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, no 449). Le litige porte sur la question de savoir si les intimées sont responsables du défaut de couverture maladie perte de gain de l'appelant de telle sorte que ce dernier serait fondé à réclamer des dommages-intérêts au sens de l'article 97 CO, en particulier se déterminer sur les points suivants : Les parties étaient liées par un contrat de travail au sens des articles 319 ss CO. Leurs relations juridiques étaient régies par la Convention collective nationale de travail (ci-après : CCNT) pour les échafaudeurs. Le travailleur réclame la somme de fr. 9'761.00 à titre de salaire du 1^{er} octobre au 15 décembre 2009. Conformément à l'article 97 CO, lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution d'une obligation, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable. L'application de cette disposition suppose la réalisation de quatre conditions : la violation d'une obligation contractuelle, un dommage, un rapport de causalité naturelle et adéquate et l'absence de preuve libératoire. L'article 333 al.1 CO dispose que si l'employeur transfère l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers, les rapports de travail passent à l'acquéreur avec tous les droits et obligations qui en découlent au jour du transfert, à moins que le travailleur ne s'y oppose. Toutes les obligations et tous les droits résultant du contrat initial, y compris l'ancienneté, subsistent donc envers le nouvel employeur. L'article 333 al.1bis CO prévoit aussi le maintien, dans certaines limites, de la protection découlant de la convention collective de travail (CR CO I-AUBERT, art 333 CO N 4). D'après la jurisprudence, pour qu'il y ait transfert au sens de l'article 333 al.1 CO, il suffit que l'exploitation soit effectivement poursuivie ou reprise par le nouveau chef d'entreprise (ATF 123 III 466

consid. 3a). Lorsque le contrat de travail prévoit expressément des prestations d'assurance complémentaires à celles obligatoirement prévues par la loi, il s'agit alors d'une obligation contractuelle qui est englobée dans les droits et obligations faisant l'objet de la protection de l'art. 333 CO (arrêt 4C.50/2002 consid. 1b, WYLER, Droit du travail, 2^{ème} édition, Berne 2008, p.421). En l'espèce, il est établi que l'entreprise transférante a résilié le contrat d'assurance pour la date du transfert et que l'exploitant reprenant n'avait pas de couverture d'assurance à la date de la reprise, de sorte qu'il n'a pas satisfait à son obligation d'assurance prévue par le contrat qui lui a été transféré. D'autre part, les conditions générales d'assurance stipulent à l'article 21 al.1 que le preneur d'assurance est tenu d'informer les assurés sur leurs droits et obligations qui découlent de l'assurance, en particulier sur la possibilité de maintenir la couverture d'assurance lorsqu'ils cessent d'appartenir au cercle des personnes assurées ou lorsque le contrat prend fin. En vertu de l'article 11 CGA, s'il cesse d'appartenir au cercle des assurés, a le droit de poursuivre sa couverture d'assurance en qualité de membre individuel : l'assuré, qui en vertu de la loi sur le chômage (LACI) est réputé chômeur ou l'assuré en incapacité de travail ou qui justifie d'un revenu en Suisse à la sortie du contrat collectif sous réserve de l'alinéa 6 qui prévoit notamment que le droit au passage en qualité de membre individuel n'existe pas si l'assuré quitte son emploi et passe dans l'assurance indemnité journalière d'un nouvel employeur. L'alinéa 2 quant à lui prévoit que l'assuré doit faire valoir son droit de passage dans les 90 jours dès la sortie du contrat collectif conformément à l'article 21 al.1, faute de quoi son droit s'éteint. En l'espèce, l'ancien employeur n'a pas informé l'appelant sur ses droits et obligations découlant du contrat d'assurance lors de sa résiliation, soit au 30 avril 2009. N'étant pas passé dans l'assurance indemnité journalière de J_____, l'appelant disposait donc d'un droit de libre passage, qu'il n'a pas pu faire valoir à temps par ignorance, de sorte que celui-ci s'est éteint de façon péremptoire. L'omission de C_____ emporte donc violation de son obligation contractuelle. Le dommage se définit en général comme une diminution involontaire du patrimoine, celle-ci pouvant consister en une perte éprouvée ou un gain manqué (CR CO I-WERRO, art. 97 N 31 et art.41 N 8). S'il n'est pas possible, lors du jugement, de déterminer avec une certitude suffisante les suites des lésions corporelles, le juge a le droit de réserver une révision du jugement pendant un délai de deux ans au plus à compter du jour où il a prononcé (art. 46 al.2 CO). Cette disposition est applicable en matière de responsabilité contractuelle (art.99 al.3 CO, CR CO - THEVENOZ, art 99 N 19, ATF 87 II 155 JT 1962 I 292). La jurisprudence précise à ce propos, que la réserve est exceptionnelle, mais décidée d'office par le juge, qui usera d'une grande circonspection ; l'incertitude peut notamment porter sur l'évolution de la guérison ou sur l'origine de l'affection (ATF 57 II 58). L'appelant n'a pas perçu de salaire, ni d'indemnités d'assurance perte de gain du 1^{er} octobre au 15 décembre 2009 correspondant à 80% de son salaire. Il subit un dommage équivalent aux indemnités journalières qu'il aurait dû recevoir de l'assurance G_____. L'appelant a également perdu la possibilité d'être assuré perte de gain pour l'avenir. En conséquence, son patrimoine serait diminué en cas d'incapacité de travail pour cause de maladie. La Cour relève l'éventualité d'un dommage futur, mais renonce à réserver la révision du jugement dans la mesure où celui-ci serait réparable par d'autres moyens. La causalité naturelle entre les deux évènements implique que sans le premier évènement, le second ne se serait pas produit (CR CO I-WERRO, art. 97 N 31 et art.41 N 33). La causalité peut être hypothétique. Elle vise alors les cas où le dommage résulte d'une certaine cause, mais on admet qu'il serait survenu même sans elle, en vertu d'une autre cause, de nature hypothétique. En principe, cette dernière n'est pas prise en

compte. La règle connaît des exceptions. Ainsi, on tient compte de la prédisposition constitutionnelle lorsque celle-ci est telle que, selon toute vraisemblance, le dommage subi se serait réalisé même sans l'accident. Le dommage qui résulte de cette prédisposition ne saurait être imputé au responsable ; il ne fait pas partie du dommage. De la même façon, les habits de deuil qui auraient de toute façon été achetés ne peuvent pas faire l'objet d'une pleine indemnité. Il faut distinguer la causalité hypothétique telle qu'elle vient d'être décrite de la causalité hypothétique en cas de dommage causé par une omission. Il est vrai que, dans l'ordre naturel, une omission ne peut être la cause d'un effet, car une inaction ne peut pas modifier le cours extérieur des choses. Dans l'ordre juridique toutefois, une omission peut être la cause d'un préjudice. Dans ce cas, on établit un rapport de causalité entre l'omission et le résultat constaté à l'aide d'une hypothèse selon laquelle le dommage ne se serait pas produit si l'intéressé avait agi conformément au droit. L'analyse se fait en deux temps : il s'agit premièrement de déterminer si l'ordre juridique imposait un devoir d'agir au « responsable » et secondement d'établir si un acte de celui-ci aurait permis d'empêcher la survenance du dommage. Si ces deux conditions sont réunies, il faut admettre l'existence d'un lien de causalité hypothétique entre l'omission et le dommage. Si, en revanche, on peut conclure que le dommage serait survenu même si « l'auteur » avait agi conformément au droit, il faut exclure la responsabilité de ce dernier. On parle dans ce cas de « comportement de substitution licite » (CR CO I-WERRO, art.41 N 35 et 36). Dans le cas d'espèce, le retard dans la demande de police d'assurance perte de gain en cas de maladie a causé à l'appelant une perte des prestations d'assurance. En effet, si J_____ avait entrepris les démarches avant que la reprise ne soit effective, l'appelant se serait opposé au transfert, il serait ainsi resté au service de son ancien employeur qui l'aurait accepté et aurait bénéficié de la couverture de son assurance collective. Le nouvel employeur a ainsi causé une période de lacune dans la couverture qu'il devait contractuellement assurer. Le retard de l'intimée a causé la perte de la possibilité d'être assuré. En effet, si l'appelant avait su avant la reprise effective qu'il serait exclu de la police de son nouvel employeur, il serait resté chez son ancien employeur et son incapacité de mai 2009 aurait été prise en charge par l'assurance. S'agissant de la perte de la possibilité d'être assuré, si J_____ avait fait les démarches à temps, l'appelant aurait pu passer à l'assurance individuelle. L'omission de J_____ a donc causé le dommage. Par ailleurs, si C_____ avait informé l'appelant sur ses droits et obligations à la fin du contrat d'assurance, ce dernier aurait été en mesure de faire valoir son droit de libre passage à l'assurance individuelle, la décision d'exclusion de la police d'assurance d'H_____ étant intervenue le 22 juillet 2009 et le délai de péremption arrivant à l'échéance le 31 juillet 2009. L'absence d'information a donc causé la perte du droit au libre passage de sorte que le lien de causalité naturelle est admis. De même, s'agissant de la perte de la possibilité d'être assuré. Certes l'exclusion d'une nouvelle assurance est due aux antécédents médicaux de l'appelant, mais le défaut de couverture de l'assurance de C_____ est dû aux manquements des intimées. La Cour admettra donc l'existence d'un lien de causalité naturelle hypothétique entre le comportement des intimées et les dommages subis. D'après la théorie de la causalité adéquate, une cause n'est opérante que si, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, elle est propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit de sorte que la survenance de ce résultat paraît de façon générale favorisée par le fait en question (ATF 119 Ib 334 consid. 3c). La cause cesse d'être adéquate lorsqu'une autre cause apparaît à ce point prépondérante qu'elle rejette la première à l'arrière-plan ; on parle de facteurs interruptifs de causalité. Il s'agit de la force majeure, de la faute grave ou du fait d'un tiers, ainsi que de la faute grave ou du fait de la

victime (CR CO – WERRO art. 41 N39). La faute ou le fait d'un tiers ne libère en principe pas non plus de sa responsabilité l'auteur d'un dommage. Il n'en va différemment que lorsque cette faute ou ce fait est si important qu'il apparaît comme la seule cause du dommage. Ici aussi, la jurisprudence se montre extrêmement restrictive (ATF 116 II 519 , consid. 4b, JdT 1991 I 634) (CR CO – WERRO, art. 41 N 42). En l'occurrence, la demande d'offre de police d'assurance avec effet rétroactif est en principe refusée si l'employé est en incapacité au moment où il remplit le formulaire de santé, ce d'autant plus lorsque son dossier médical comporte des risques. Il ressort des enquêtes, en particulier de l'audition des témoins V_____ et B_____, que la cause du refus de l'assurance réside dans les antécédents médicaux quand bien même une incapacité de 100% était suffisante. Le lien de causalité adéquate entre le comportement de J_____ et le dommage subi est rempli. Quant à la perte de la faculté d'être assurée, celle-ci ne saurait être considérée comme l'effet objectivement prévisible du retard de J_____, ce d'autant plus que l'appelant a des antécédents, mais surtout aurait pu bénéficier du libre passage si C_____ l'avait informé de ce droit. Le lien de causalité adéquate fait donc défaut par rapport au dommage futur. Concernant C_____, une personne non informée de son droit au libre passage et de ses modalités d'exécution est susceptible, faute d'action, de le perdre par péremption. S'agissant la perte de la faculté d'être assuré, elle peut être considérée comme l'effet objectivement prévisible du défaut d'information. Partant, il existe un lien de causalité adéquate entre le comportement de C_____ et les deux dommages. La faute est en principe présumée, le débiteur pouvant se libérer en prouvant qu'il n'en a pas commis. Avant de reprendre une entreprise, l'acquéreur se doit d'en déterminer le contenu et, notamment, d'étudier les contrats de travail qui vont lui être automatiquement transférés. Il lui incombe ainsi d'envisager, avant que la reprise ne devienne effective, toutes les mesures nécessaires pour qu'il n'y ait pas de lacune dans la couverture d'assurance des employés (arrêt 4C.50/2002 du 24 avril 2002, consid. 1c). L'intimée J_____ a entrepris les démarches pour conclure une nouvelle police d'assurance avec la société de son choix en juin 2009 alors que la reprise a eu lieu au 1^{er} mai et que le précédent contrat d'assurance était résilié. Ce retard n'étant justifié par aucune circonstance particulière dûment prouvée, une faute lui est donc imputable. Quant à C_____, l'intimée n'a pas démontré qu'elle avait été empêchée sans faute de sa part de fournir l'information à l'appelant, une faute lui est donc imputable. L'arrêt querellé viole le droit fédéral en retenant que J_____ et C_____ n'ont commis aucune faute au sens de l'article 97 al.1 CO. L'employeur qui ne satisfait pas à son obligation contractuelle de conclure une assurance garantissant les prestations convenues ou d'informer son employé sur ses droits et obligations à la fin du contrat d'assurance, répond, en application de l'article 97 CO, de l'inexécution de cette obligation et doit réparer le dommage qui en résulte pour le travailleur, J_____ et C_____ doivent donc lui verser les montants que l'assurance aurait payés du 1^{er} octobre au 15 décembre 2009 (ATF 127 III 318 consid. 5 ; 144 III 126 consid. 4 ; 115 II 252 consid. 4b). Si l'indemnité est exprimée en % du salaire, elle est calculée pour les salaires horaires et les salaires mensuels, mais au maximum prévu par la convention collective, comme suit : salaire horaire de base brut (éventuellement avec 13^{ème} salaire) multiplié par le nombre d'heures hebdomadaires ou annuelles moyen multiplié par 52 semaines (si nombre d'heures hebdomadaires) divisé par 365 jours (y compris année bissextile) multiplié par pourcentage de couverture fixé. Le jugement entrepris sera donc annulé sur ce point (art. 12 ch. 10 CGA de G_____). Selon l'article 12 al.3 CCNT, la durée annuelle et hebdomadaire du travail, le total déterminant des heures annuelles du travail (...) est de 2190 (365/7=52.14 x 42 heures) ; pause

casse-croûte payée de 15 minutes par jour y comprise. La durée hebdomadaire du travail est dans la règle de 38 $\frac{3}{4}$ h (= 5 x 7 $\frac{3}{4}$ h) au minimum (let. a) et de 46 $\frac{1}{4}$ h (= 5 x 9 $\frac{1}{4}$ h) au maximum (let. b). L'annexe 2 CCNT prévoit que si aucune convention dépassant ce cadre n'est conclue, le gain journalier est calculé sur la base de la durée du travail fixée dans la CCNT (art 2 al. 2) Quant au pourcentage de couverture fixé, l'article 21 al.1 CCNT prévoit que l'entreprise doit assurer collectivement les travailleurs soumis à la convention pour une indemnité journalière (perte de gain) de 80% du dernier salaire normal versé selon l'horaire de travail contractuel. L'indemnité journalière assurée est octroyée dès l'expiration du délai d'attente choisi (art. 12 ch. 15 CGA de G _____). L'article 21 al.3 let. b CCNT prévoit le versement d'une indemnité journalière en cas de maladie de 80% après un jour de carence au plus à la charge du travailleur. En l'espèce, l'indemnité journalière s'élève à fr. 140.96. L'incapacité a duré 65 jours ouvrables et sera indemnisée après un délai de carence d'un jour. La perte de gain pour la période considérée s'élève donc à fr. 9'021.44. L'article 333 al.3 CO stipule que l'ancien employeur et l'acquéreur répondent solidairement des créances du travailleur échues dès avant le transfert jusqu'au moment où les rapports de travail pourraient normalement prendre fin ou ont pris fin par suite de l'opposition du travailleur. En l'espèce, le travailleur réclame le paiement de son salaire du 1^{er} octobre au 15 décembre 2009. Or à cette période les rapports de travail étaient susceptibles d'avoir pris fin, de sorte que l'ancien employeur n'est pas tenu de répondre de cette créance en vertu de 333 al.3 CO. Cependant, selon la doctrine et la jurisprudence, l'article 51 CO s'applique par analogie au recours entre responsables contractuels qui ne sont pas liés par une clause de solidarité et n'ont pas commis de faute commune (CR CO – THEVENOZ, art. 99 N 23, ATF 115 II 41 consid. 1b, JdT 1989 I 531). Cette disposition prévoit que lorsque plusieurs répondent du même dommage en vertu de causes différentes (acte illicite, contrat, loi), les dispositions légales concernant le recours de ceux qui ont causé ensemble un dommage s'appliquent par analogie. Il s'agit de l'article 50 al.2 CO stipulant que le juge appréciera s'ils ont un droit de recours les uns contre les autres et déterminera, le cas échéant, l'étendue de ce recours. En cas de pluralité de responsables aquiliens, le partage interne se fait en fonction de la gravité des différentes fautes. S'il y a concours entre des responsabilités contractuelles, il en va de même, sauf si les responsables ont réglé la question des recours. Dans le cas où aucun des responsables contractuels n'a commis de faute au sens de l'article 41 CO, le partage se fait en principe à parts égales ; il se fait de la même manière en cas de participation d'un assureur et lorsque les obligations contractuelles de réparer sont de même nature (CR CO I – WERRO art.51 N 13). Dans le cas d'espèce, il est établi que les intimées ont violé des obligations distinctes ayant causé le même dommage, à savoir la perte de gain du 1^{er} octobre au 15 décembre 2009. S'agissant des rapports internes, il convient de répartir la responsabilité entre les intimées à parts égales. La Cour de céans est amenée à examiner la question de savoir si l'ancien employeur a porté une atteinte illicite à la personnalité de l'appelant, de telle sorte que ce dernier serait fondé à réclamer la somme de 9'761.- fr. à titre de dommages et intérêts. Aux termes de l'art. 328 al. 1 CO, l'employeur protège et respecte dans les rapports de travail la personnalité du travailleur. Cette disposition ne va pas au-delà de ce que prévoient les articles 27 et 28 CCS, mais elle concrétise la protection de la personne tout comme le font d'autres dispositions spéciales (FF 1967 II 353). Elle englobe notamment la vie et la santé du travailleur, son intégrité corporelle et intellectuelle, son honneur personnel et professionnel, sa position et la considération dont il jouit dans l'entreprise (ATF du 18 décembre 2001 en la cause 4C.253/2001 ; Rehbindler, Berner Kommentar, n. 4 ad art. 328 CO ; Rehbindler, Basler

Kommentar, n. 3 ad art. 328 CO ; Rehbindler, Schweizerisches Arbeitsrecht, p. 83 ; Saillen, La protection de la personnalité du travailleur, thèse Lausanne 1981, p. 72 ss). L'application de l'art. 328 al. 1 CO suppose l'existence d'un contrat de travail, une atteinte illicite à la personnalité du travailleur, un dommage, une faute (présumée) et un lien de causalité naturelle et adéquate entre l'atteinte illicite et le dommage. Le travailleur doit prouver l'atteinte à sa personnalité conformément à l'art. 8 CCS, quand bien même la procédure prud'homale est régie par la maxime d'office (ATF 108 II 337 = JdT 1983 p. 538). En l'occurrence, l'appelant subit une atteinte patrimoniale. Le patrimoine ne faisant pas partie des droits de la personnalité, les conditions d'application de l'article 328 CO ne sont pas réalisées. Par ailleurs, quand bien même, C_____ aurait informé l'appelant des ses droits et obligations qui découlent de l'assurance lorsqu'il cesse d'appartenir au cercle des personnes assurées ou lorsque le contrat prend fin, ce dernier n'avait pas la possibilité de maintenir la couverture d'assurance, ni de découvrir qu'aucune autre assurance n'était prête à l'assurer. Le grief doit donc être rejeté. J_____ excipe de la compensation dans l'hypothèse où elle serait condamnée au paiement de la réparation du dommage. Aux termes de l'article 120 CO, lorsque deux personnes sont débitrices l'une envers l'autre de sommes d'argent ou d'autres prestations de même espèce, chacune des parties peut compenser sa dette avec sa créance, si les deux dettes sont exigibles. L'exercice de la compensation suppose une déclaration, qu'il est possible d'exercer également en cours d'instance, selon des formes et jusqu'à un stade fixés par le droit cantonal (ATF 63 II 133 consid. 2 ; ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2^{ème} éd., p.675). En l'occurrence, l'intimée ne dit pas quand ou comment il a invoqué la compensation devant les premiers juges. Or, en procédure genevoise, la possibilité de soulever une exception de compensation en appel est fort limitée (AUBERT, Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, n° 440). En effet, l'article 312 let. a LPC prévoit que la Cour ne peut statuer sur aucun chef de demande qui n'a pas été soumis aux premiers juges, à moins qu'il ne s'agisse de compensation pour cause postérieure au jugement de première instance. En l'espèce, la créance que l'intimée entend compenser étant antérieure au jugement querellé, la cour n'entrera pas en matière sur ce point. Le travailleur réclame la somme de fr. 27'030.00 à titre d'indemnité pour résiliation abusive Conformément à l'article 336a CO, la partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre une indemnité (al.1). L'indemnité est fixée par le juge, compte tenu de toutes les circonstances ; toutefois, elle ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur. Sont réservés les dommages-intérêts qui pourraient être dus à un autre titre (al.2). L'article 336 al.1 let. c CO qualifie d'abusif le congé donné par une partie dans le seul but d'empêcher la naissance de prétentions juridiques de l'autre partie, résultant du contrat de travail. En l'espèce, la Cour considère, à l'instar des premiers juges, que l'appelant ne pouvait prétendre à aucune prestation découlant du contrat de travail lors de la résiliation, J_____ lui ayant versé l'intégralité de son salaire pendant quatre mois et demi, soit au-delà de ce que prévoit l'article 324a al.2 CO. De plus, J_____ a résilié le contrat au motif qu'il ne pouvait pas assurer son employé alors qu'il en avait l'obligation en vertu de la CCNT. Ainsi, le congé n'est pas abusif. Le jugement sera donc confirmé sur ce point. La procédure prud'homale est gratuite. Toutefois l'article 78 aLJP prévoit que l'émolument peut être mis à charge de la partie qui succombe. J_____ et C_____ qui succombent en grande partie seront condamnées solidairement à payer l'émolument d'appel de fr. 440.00. PAR CES MOTIFS La Chambre des prud'hommes, groupe 1 A la forme : reçoit l'appel interjeté par D_____ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes TRPH/856/2010 du 1^{er} décembre 2010,

rendu dans la cause n° C/6610/2010-1 ; Au fond : annule le point 4b) du jugement entrepris. confirme le jugement pour le surplus. Ceci fait et statuant à nouveau : condamne J_____ et C_____, solidairement, à verser à D_____ la somme brute de 9'021.44 (neuf mille vingt-et-un francs et quarante-quatre centimes) avec intérêt moratoire à 5% l'an dès le 25 septembre 2009. met l'émolument d'appel de 440.00 fr. à la charge de J_____ et C_____.
déboute les parties de toutes autres conclusions. Le président La greffière Blaise
GROSJEAN Véronique BULUNDWE-LEVY

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