



POUVOIR JUDICIAIRE

C/21619/2015-2

CAPH/171/2018

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre des prud'hommes****DU 22 NOVEMBRE 2018**

Entre

A_____ SA, domiciliée _____, appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 7 mars 2018 (JTPH/60/2018), comparant par M^c Nicola MEIER, avocat, rue de la Fontaine 2, 1204 Genève, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B_____, domicilié _____, intimé, comparant par [le syndicat] C_____, _____,

D_____, sise _____, appelée en cause, représentée par Madame E_____.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 22 novembre 2018.

Suite à sa rectification, l'arrêt est à nouveau communiqué aux parties le 20 mars 2019.

EN FAIT

- A.** Par jugement JTPH/60/2018 du 7 mars 2018, le Tribunal des Prud'hommes a déclaré recevable la demande formée le 3 mai 2017 par B_____ contre A_____ SA (chiffre 1 du dispositif), a déclaré irrecevables les pièces produites par A_____ SA à l'audience du 29 janvier 2018 (ch. 2), a condamné A_____ SA à verser à B_____ la somme brute de 49'186.65 fr. (quarante-neuf mille cent quatre-vingt-six francs et soixante-cinq centimes), plus intérêts moratoires à 5% l'an à compter du 1^{er} mars 2015 (ch. 3), a invité la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles (ch. 4), n'a pas alloué de dépens (ch. 5) et a débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 5).
- B.**
- a.** Le 23 avril, A_____ SA a formé appel contre ce jugement, reçu le 8 mars 2018, concluant à son annulation et à la condamnation de [l'assurance-maladie] D_____ à payer les frais dus à B_____ à titre de prestations de perte de gains pour cause de maladie, avec suite de frais et dépens.
- b.** Dans son mémoire de réponse du 25 mai 2018, D_____ a conclu au rejet de l'appel de A_____ SA contre le jugement sous suite de frais et dépens.
- c.** B_____ a conclu dans son mémoire de réponse du 28 mars 2018 au rejet de l'appel de A_____ SA et à la confirmation du jugement.
- C.** Les faits pertinents suivants ressortent du dossier soumis à la Chambre des Prud'hommes.
- a.** A_____ SA est une société de droit suisse ayant son siège à Genève et dont le but est notamment l'achat, la vente, la location et l'exploitation d'hôtels, cafés, restaurants.
- b.** B_____ a été engagé par A_____ SA en qualité de responsable des relations publiques, à partir du 1^{er} octobre 2014, par contrat de travail à durée indéterminée signé le 1^{er} octobre 2014. Le salaire mensuel de 8'500fr. bruts était convenu.
- c.** Le 6 novembre 2014, A_____ SA a signé un document portant l'entête D_____ et intitulé « Proposition pour la conclusion de l'Assurance collective indemnité journalière en cas de maladie F_____ ».
- d.** L'onglet « Début de l'assurance » a été complété à la main et ladite inscription manuscrite indique lisiblement la date du 1^{er} novembre 2014.
- e.** B_____ s'est trouvé en incapacité de travail totale du 20 octobre 2014 au 31 mai 2015.
- f.** Par requête de conciliation déposée à l'office postal le 14 octobre 2015, B_____ a assigné A_____ SA en paiement de la somme totale de 54'591.60 fr.

à titre d'indemnités journalières. Lors de l'audience de conciliation du 9 mars 2016, les parties n'étaient pas parvenues à une conciliation. Une autorisation de procéder a été délivrée par le Tribunal des Prud'hommes.

Par demande ordinaire déposée à l'office postal le 2 mai 2016, B_____ a assigné A_____ SA en paiement de la somme totale de 54'591.60 fr., plus intérêts moratoires à 5% l'an à compter du 28 février 2015, sous suite de frais et dépens. Ladite somme se décompose comme suit : 3'729.60 fr. bruts, à titre d'indemnités journalières correspondant à 88% du salaire pendant 14 jours ; 50'862 fr. nets, à titre d'indemnités journalières correspondant à 80% du salaire après délai d'attente pendant 210 jours.

En substance, B_____ a, notamment, allégué avoir travaillé pour le compte de A_____ SA dès le 1^{er} octobre 2014, suite à un transfert de la société G_____ SA, avec laquelle il était en relation de travail depuis le 1^{er} juin 2013. B_____ s'est trouvé en incapacité de travail du 20 octobre 2014 au 31 mai 2015. Son ancien employeur l'avait assuré auprès de D_____ pour perte de gains et maladie qu'à partir du 1^{er} novembre 2014. L'assurance avait refusé à B_____ de couvrir l'incapacité et n'a versé aucune indemnité journalière. Il a été licencié le 30 janvier 2015 pour le 28 février 2015.

g. Par mémoire de réponse du 22 août 2016, A_____ SA a préalablement appelé en cause D_____ et principalement conclu au rejet de l'action de B_____, sous suite de frais judiciaire.

Elle a notamment allégué que B_____ était propriétaire du fond de commerce le « H_____ » à Genève jusqu'à son évacuation le 6 novembre 2014 par I_____, huissier. Le 30 octobre 2010, B_____ et G_____ SA se sont liés par contrat de gérance libre avec effet au 1^{er} novembre 2010. Ledit contrat prévoyait la mise en gérance libre du « H_____ » par B_____, contre un montant mensuel de fr. 14'000.-. G_____ SA a cessé la gérance du « H_____ » le 30 septembre 2014 suite à sa mise en faillite au courant de l'année 2014. Dès le 1^{er} octobre 2014, A_____ SA a repris la gestion de l'établissement.

En juin 2013, G_____ SA avait engagé B_____ en qualité de responsable des relations publiques du « H_____ ». Le 1^{er} octobre 2014 un nouveau contrat de travail a été conclu entre A_____ SA et B_____ pour la même fonction.

L'appelante a rencontré le 6 novembre 2014 J_____, employé de D_____. A cette occasion, deux formulaires avaient été signés pour conclure une assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie et AVS. Il avait été prévu que la couverture d'assurance débiterait au 1^{er} octobre 2014. J_____ avait commis une erreur en remplissant les formulaires et avait indiqué une date d'entrée en vigueur au 1^{er} novembre 2014 s'agissant de l'assurance pour perte de gains.

Le 8 novembre 2014, l'appelante avait signalé cette erreur à J_____ et requérait de lui qu'il corrige son erreur. Le 12 novembre 2014, J_____ a reconnu sa méprise par message téléphonique dans lequel il avait affirmé qu'il corrigerait la date litigieuse. Pour preuve de cette erreur, la soumission des salaires à l'AVS entrainé en vigueur au 1^{er} octobre 2014. Il devait en aller de même pour la couverture d'assurance. L'appelante avait produit un échange de sms avec J_____. En substance, l'appelante requérait la modification de la date sur le d'entrée en vigueur du contrat d'assurance au 1^{er} octobre 2014, à la place du 1^{er} novembre 2014.

L'appelante a appelé en cause D_____ dans la présente procédure. Dans la mesure où elle était responsable des agissements de ses employés elle devait répondre de l'éventuel dommage qui résulterait de l'erreur de J_____.

L'appelante ignorait tout de l'état de santé de B_____ lors du rendez-vous le 6 novembre avec J_____. Elle a versé l'entier du salaire du mois d'octobre 2014 au travailleur qui n'avait pas fait état de sa maladie avant le 10 novembre 2014. C'est à cette date que l'appelante a pris connaissance de l'incapacité de B_____ par l'envoi d'une copie du certificat médical. Ledit certificat médical était mis en doute par l'appelante, notamment par le fait qu'il était daté du 6 novembre et qu'il précisait que l'incapacité débutait le 20 octobre 2014.

h. Par ordonnance du 29 août 2016, le Tribunal des Prud'hommes a imparti un délai à A_____ SA pour fournir l'adresse de D_____ et pour chiffrer sa conclusion à la condamnation de l'assurance à l'indemniser pour tout dommage qu'elle aurait à subir dans le cas où elle succomberait.

Par courrier du 16 septembre 2016, A_____ SA a chiffré la conclusion à l'encontre de D_____ à fr. 54'591.60 et a communiqué l'adresse de l'assurance.

i. Par ordonnance du 26 septembre 2016, le Tribunal des Prud'hommes a imparti un délai de 30 jours à B_____ et D_____ pour se déterminer sur l'appel en cause.

Le 5 octobre 2016, B_____ s'est opposé à l'appel en cause formulé par A_____ SA.

Pour sa part, le 13 octobre 2016, D_____ a également conclu au rejet de l'appel en cause au motif qu'elle n'a pas conclu de contrat avec l'appelante.

Par jugement du 10 février 2017, le Tribunal des Prud'hommes a déclaré recevable la demande d'appel en cause formée par A_____ SA contre D_____.

j. Par ordonnance du 7 avril 2017, le Tribunal des Prud'hommes a un imparti un délai de 30 jours à D_____ pour déposer sa réponse à l'appel en cause et un délai

de 30 jours à B_____ pour déposer ses éventuelles déterminations sur l'appel en cause.

Par mémoire de réponse déposé à l'office postal le 5 mai 2017, D_____ a conclu au rejet des prétentions récursoires de l'appelante, sous suite de frais et dépens.

L'appelée en cause a notamment allégué que le 6 novembre 2014 A_____ SA avait signé une proposition pour la conclusion d'une assurance collective indemnité journalière en cas de maladie auprès de la D_____. La date d'entrée en vigueur au 1^{er} novembre 2014 inscrite sur la proposition d'assurance n'était pas une erreur. Le formulaire était signé par l'appelante et que c'est elle aussi qui a requis, de façon unilatérale, par sms du 8 novembre 2014 la modification de la date au 1^{er} octobre 2014. Or, J_____ n'avait pas le pouvoir d'engager D_____ et ne pouvait pas modifier rétroactivement l'entrée en vigueur d'une couverture d'assurance. Sans nouvelles de l'appelante en juin 2015, l'assurance avait finalement annulé la proposition d'affiliation.

k. Lors de l'audience des débats d'instruction du 28 août 2017, les parties ont confirmé leurs conclusions respectives. Une ordonnance de preuve a été notifiée aux parties et les débats principaux ont été déclarés ouverts.

l. Lors de l'audience d'instruction du 29 janvier 2018, l'appelante, soit pour elle son conseil, a déposé un chargé de pièces complémentaires, toutes datées antérieurement au dépôt de la demande en paiement. Une clé USB sur laquelle était enregistré un message vocal de J_____ à l'appelante était également proposé. K_____ – administrateur de l'appelante – était absent et excusé, il a donc également transmis au Tribunal, par son Conseil, ses déclarations personnelles.

l.a. B_____ a indiqué travailler pour G_____ SA en qualité de responsable des relations publiques depuis le 1^{er} juin 2013. Le 1^{er} octobre 2014, A_____ SA avait repris l'entreprise et il avait continué son activité pour l'appelante. B_____ s'est trouvé malade avant le 20 octobre 2014. B_____ avait annoncé à K_____ dès le début du mois d'octobre 2014 qu'il suivait un traitement en raison de sa maladie. K_____ lui a alors demandé un certificat de maladie pour justifier son état. Il a consulté le Dr L_____ le 2 octobre 2014. Du 20 octobre 2014 au 31 mai 2015, il a été contraint à un arrêt de travail complet pour maladie.

l.b. K_____ a confirmé l'existence d'une relation contractuelle de travail, à compter du 1^{er} octobre 2014 entre B_____ et A_____ SA. L'appelante a appris l'état de santé et l'incapacité de travail de B_____ lorsqu'elle a pris connaissance du certificat de maladie daté du 6 novembre 2014 envoyé par l'intimée, soit aux alentours du 14 novembre 2014. Lors de l'entretien entre J_____ et K_____, les propositions ont été signées par K_____. La date de mise en vigueur de ces deux couvertures a été remplie par J_____ lui-même. La première, relative à M_____

[caisse de compensation], indiquait une prise d'effet au 1^{er} octobre 2014. La seconde, relative à une couverture de perte de gains en cas de maladie, indiquait par erreur une prise d'effet au 1^{er} novembre 2014. K_____ a rendu J_____ attentif au fait qu'il avait mentionné par erreur la date du 1^{er} novembre 2014 sur la prise d'effet de l'assurance perte de gains. Ils avaient pourtant convenu également une prise d'effet au 1^{er} octobre 2014.

l.c. D_____ a déclaré quant à elle que la proposition d'assurance a été signée le 6 novembre 2014. J_____ était un démarcheur et ne pouvait pas accepter les propositions d'assurances. La proposition d'assurance était soumise à la direction de D_____. La couverture d'assurance ne pouvait pas débiter de manière rétroactive. Il n'y avait jamais eu d'encaissement de prime ou de facture de l'appelée en cause auprès de A_____ SA.

m. Lors de l'audience d'instruction du 29 janvier 2018, le Tribunal des Prud'hommes a également procédé à l'audition, notamment des témoins, J_____, et L_____.

m.a. J_____ travaille pour l'appelée en cause depuis octobre 2001. Il était chargé de faire des propositions de couverture d'assurance pour D_____ et M_____. J_____ connaît K_____. Le 4 novembre 2014, J_____ et K_____ se sont entretenus, mais n'ont pas parlé de la prise d'effet litigieuse à ce moment-là. Une deuxième rencontre a eu lieu le 6 novembre 2014 pour la signature des propositions M_____ et D_____. Sur présentation de la proposition d'assurance pour perte de gains, J_____ a déclaré avoir mentionné à K_____ que la couverture d'assurance pouvait débiter le 1^{er} novembre 2014, bien que la proposition a été signée le 6 novembre 2014. K_____ a indiqué qu'il n'y avait pas de cas d'incapacité en cours. S'agissant de l'échange de sms intervenu entre lui-même et K_____, il a considéré que ce dernier se référait à une demande rétroactive concernant M_____. Cette compréhension de la situation a amené J_____ à rédiger le sms du 26 novembre 2014 par lequel il a communiqué à K_____ le nom de la personne de référence auprès de M_____.

J_____ a indiqué que la préparation des polices d'assurance n'était pas de son ressort. Il préparait uniquement les propositions qu'il transmettait à D_____ à [son siège à] N_____ [VD] qui les validait.

J_____ a par ailleurs déclaré avoir le souvenir d'un entretien téléphonique avec K_____ qui l'avait informé avoir souscrit les assurances perte de gains auprès de Zurich assurance. Il ne se souvenait pas d'avoir laissé un message vocal sur la messagerie de K_____ qui confirmait qu'il avait fait le nécessaire pour une couverture perte de gains au 1^{er} octobre 2014. Il devait s'agir d'un message en lien avec l'affiliation auprès de M_____.

m.b. L_____, médecin de l'intimée, a déclaré que B_____ l'a consulté en mai 2013 en raison de troubles du sommeil. En octobre 2014, B_____ et L_____ se

sont entretenus par téléphone. B_____ s'est plaint de troubles très graves du sommeil. Une consultation a eu lieu le 6 novembre 2014. Les consultations qui ont précédé ce rendez-vous, n'ont été établies que par téléphone. La consultation du 6 novembre 2014 a permis au Dr L_____ de confirmer son diagnostic antérieur. Le Dr L_____ a déclaré que la mention de la date du 20 octobre 2014 sur le certificat médical était justifiée, car il estimait que cette date était en adéquation avec l'échange téléphonique d'octobre 2014. Il ne s'agissait en aucun cas d'un certificat de complaisance. B_____ a indiqué au Dr L_____ qu'il avait arrêté de travailler le 20 octobre 2014. Il avait prolongé l'incapacité jusqu'au 31 mai 2015, suite à la dernière consultation du 25 mars 2015. Il a expliqué que les certificats médicaux émis pouvaient prévoir un arrêt jusqu'à deux mois, en raison de la fréquence à laquelle il pouvait fixer les rendez-vous, vu son agenda.

n. A l'issue de l'audience du 29 janvier 2018, les parties ont plaidé et le Tribunal des prud'hommes a gardé la cause à juger. Celles-ci ont persisté dans leurs conclusions.

D. Dans le jugement attaqué, le Tribunal des prud'hommes a retenu, en substance, que B_____ s'est trouvé en incapacité totale de travailler du 20 octobre 2014 jusqu'au 31 mai 2015. Les certificats médicaux émis par le Dr L_____ ne l'avaient pas été à titre de complaisance et le Tribunal n'avait aucune raison de les remettre en doute.

a. La proposition d'assurance perte de gains était datée du 6 novembre 2014 et comportait une date d'entrée en vigueur au 1^{er} novembre 2014. J_____ n'avait pas autorité pour passer des contrats, mais s'occupait de remplir des propositions d'assurances qui devaient être avalisées par la direction de D_____. Le fait que la proposition d'assurance perte de gains n'a jamais été acceptée et que A_____ SA n'a jamais payé de cotisation ont amené le Tribunal à affirmer qu'aucun contrat n'avait été conclu entre A_____ SA et D_____. A_____ SA, pour elle, K_____, ne pouvait s'attendre à une souscription à compter du 1^{er} octobre 2014, sachant qu'il a rencontré le conseiller en assurances le 6 novembre 2014. Il n'a pas pu prouver que la date inscrite d'entrée en vigueur au 1^{er} novembre 2014 au lieu du 1^{er} octobre 2014 était une erreur. Dans tous les cas, D_____ n'acceptait pas les souscriptions rétroactives et la survenance de l'incapacité de B_____ était intervenue avant même la signature de la proposition d'assurance, de sorte qu'elle n'avait pas à couvrir ce cas.

b. Dans son appel, A_____ SA fait grief au Tribunal des prud'hommes d'avoir reconnu que B_____ s'est trouvé en arrêt de travail du 20 octobre 2014 au 31 mai 2015, estimant que les certificats médicaux du Dr L_____ étaient valables. L'appelante a invoqué à cet égard que le Tribunal des prud'hommes a apprécié de façon arbitraire les preuves en lien avec les certificats médicaux produits par le Dr L_____. Elle a reproché au Tribunal d'avoir reconnu la probité de certains de ces certificats qui constatent une incapacité antérieure à la date de

signature du Dr L_____. Les certificats médicaux des 3 mars et 10 avril 2015 ont été délivrés à l'issue d'un entretien téléphonique entre le médecin et son patient, alors qu'une visite médicale aurait été nécessaire. La proposition d'assurance relative à la perte de gains en cas de maladie a été signée avec la mention d'une date au 1^{er} novembre 2014, mais l'intention des parties était pourtant celle de faire débiter les effets de ce contrat au 1^{er} octobre 2014. A l'appui de cette allégation, l'appelante a déclaré que le contrat de travail entre A_____ SA et B_____ a débuté le 1^{er} octobre 2014. L'appelante n'aurait pas eu l'intention de faire débiter ladite assurance à une date ultérieure. Le fait que la proposition d'assurance AVS avait été signée avec effet au 1^{er} octobre 2014 démontre l'intention de A_____ SA de s'engager à la même date pour le contrat d'assurance perte de gains. L'échange de sms entre K_____ et J_____ prouve également cette volonté, ce dernier n'ayant jamais répondu à la négative aux messages de K_____ qui requérait de modifier la date d'affiliation sans préciser le contrat en cause. Aucun élément contenu dans les courriels des 13 mai 2015 et 12 juin 2015 de D_____ à K_____, était de nature à exclure un lien contractuel entre D_____ et A_____ SA.

c. Par réponse du 25 mai 2018, D_____ a, notamment, conclu au rejet de l'appel formé par A_____ SA.

d. Pour sa part, l'intimée a conclu, dans sa réponse du 28 mai 2018, au rejet de l'appel formé par A_____ SA et à la confirmation du jugement du Tribunal des prud'hommes du 7 mars 2018.

EN DROIT

1. 1.1 L'appel est dirigé contre une décision finale de première instance rendue dans le cadre d'un litige portant sur une valeur de plus de fr. 10'000 au dernier état des conclusions de première instance (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC).

Il a été déposé dans le délai de 30 jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC), et respecte au surplus la forme prescrite (art. 130 CPC, 131 CPC et 311 CPC).

L'appel est ainsi recevable.

1.2 L'instance d'appel revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

2. La jurisprudence et la doctrine définissent le certificat médical comme étant « une constatation écrite relevant de la science médicale et se rapportant à l'état de santé d'une personne, singulièrement à sa capacité de travail » (Arrêt TF 4C_156/2005 du 28 septembre 2005, consid. 3.5.2 et réf. citées ; DUNAND / MAHON, Les certificats dans les relations de travail, 2018, p. 78). Le certificat médical d'arrêt de travail est un document « destiné à prouver l'incapacité de travailler d'un

patient pour des raisons médicales » (Arrêt TF 4C_346/2004 du 15 février 2004 du 15 février 2005 et réf. citées).

Le code de déontologie de la FMH est une référence, qui représente un usage et qui a une portée officielle en tant que les tribunaux peuvent s'y référer. S'agissant des certificats, rapports et expertises, l'art. 34 du code de déontologie FMH prévoit que « les certificats médicaux, rapports et expertises sont des documents officiels. Le médecin les établit au plus près de sa conscience professionnelle et avec toute la diligence requise. Le but visé, la date et le nom du destinataire doivent figurer sur le document. Les certificats de complaisance sont interdits » (WYLER / HEINZER, Droit du travail, 2014, p. 227).

Le certificat de maladie n'est pas un moyen de preuve absolu. Le Tribunal peut s'en écarter lorsque les circonstances permettent de douter de la sérieux du certificat (arrêt du TF 1C_64/2008 du 14 avril 2008, consid. 3.4). Il bénéficie toutefois de la présomption d'exactitude lorsqu'il est établi conformément aux règles élémentaires. Si la force probante d'un certificat médical n'est ainsi pas absolue, il appartient à l'employeur d'apporter les éléments de preuve permettant de mettre en doute sa probité.

2.1.1 Certains auteurs, sont d'avis qu'il convient d'être circonspect quant au caractère probant des certificats médicaux attestant rétroactivement et sur plusieurs jours une incapacité de travail, sans qu'ils n'indiquent les motifs justifiant leur caractère rétroactif (WYLER / HEINZER, Droit du travail, 2014, p. 228).

Une attestation rétroactive n'est pas nulle en soi. Lorsqu'elle est fondée sur une symptomatologie objectivement constatable, et partant sur une survenance objectivement rétrodatable, elle doit être admise (STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 2012, art. 324 a/b CO, n°12). Cette affirmation est d'autant plus vraie, lorsque la nature de l'affection le permet ou lorsque le médecin traitant de longue date un patient, qu'il suit régulièrement et dont l'affection lui permet d'attester le début de l'incapacité (DUNAND / MAHON, Les certificats dans les relations de travail, 2018, p. 102).

2.1.2 L'art. 7 al. 3 du Code de déontologie de la FMH, dispose qu'un « traitement de longue durée, effectué exclusivement sur la base de renseignements transmis par correspondance, par téléphone ou par voie électronique, ou sur la base de rapports fournis par des tiers, est contraire à la déontologie ». A cet égard, un certificat médical doit être considéré comme complaisant si le médecin ne connaît pas le patient ou qu'il ne l'a pas revu depuis un certain temps (DUNAND / MAHON, Les certificats dans les relations de travail, 2018, p. 103).

2.2 Chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit (art. 8 CC).

Le Tribunal établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées (art. 157 CPC). Ce faisant, le tribunal décide d'après sa conviction subjective personnelle si les faits se sont produits ou non, c'est-à-dire s'ils sont prouvés ou non (HOHL, Procédure civile, Tome I, 2001, n. 1105). Le juge forge sa conviction sur la base de sa seule appréciation de toutes les preuves qui auront été réunies au cours de la phase probatoire (JEANDIN, L'administration des preuves, in Le Code de procédure civile, aspects choisis, 2011, p. 93).

2.3 Le premier certificat litigieux produit par le Dr L_____ est daté du 6 novembre 2014. La date de début d'arrêt de travail au 20 octobre 2014 a été inscrite par le médecin. Selon l'appelante, B_____ aurait contacté le Dr L_____ afin de solliciter un certificat médical suite à un entretien téléphonique du 6 novembre 2014.

Il résulte toutefois de l'audition du Dr L_____ devant le Tribunal des prud'hommes que B_____ l'a consulté en mai 2013. B_____ l'avait consulté, car il souffrait à cette époque de troubles du sommeil. Pour cette même affection, B_____ a consulté le Dr L_____ le 6 novembre 2014 par téléphone. Les troubles qui sont à l'origine de l'arrêt de travail du 20 octobre 2014 sont donc similaires à ceux qui ont mené B_____ à consulter le Dr L_____ en mai 2013. Le médecin connaissait son patient et avait déjà établi un dossier médical en lien avec les troubles du sommeil subi par B_____. Le médecin affirme qu'il n'a pas établi d'incapacité de travail avant d'obtenir des résultats d'examens. Ces examens ont eu lieu lors d'une consultation physique. Selon le Dr L_____, le diagnostic objectif a justifié un arrêt de travail à partir 20 octobre 2014. Bien qu'une consultation téléphonique ait eu lieu entre le Dr L_____ et son patient, le médecin s'est entretenu par la suite lors d'une consultation physique le 6 novembre 2014. A cet égard, il ne peut être retenu, comme le soutient l'appelante, que le certificat médical est fondé uniquement sur des déclarations de B_____.

La doctrine recommande au juge une certaine prudence lorsqu'il procède à l'analyse de la probité d'un certificat médical rétroactif. Les circonstances dans lesquelles un tel certificat est délivré importent. Le fait que le Dr L_____ connaissait son patient et qu'il s'était entretenu l'année précédente sur des troubles de même nature, tout en s'étant assuré par examens physiques de l'objectivité des affirmations de son patient, permettent de conclure que le Dr L_____ était fondé à établir un certificat rétroactif de moins d'un mois. Le même raisonnement est applicable aux autres certificats médicaux contestés par l'appelante. Le Tribunal des prud'hommes a donc rejeté, à juste titre, le caractère complaisant des certificats médicaux.

- 3.** **3.1** Un contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et de manière concordante, manifesté leur volonté (art. 1 al. 1 CO). Cette manifestation peut être expresse ou tacite (art. 1 al. 2 CO).

Pour déterminer si un contrat a été conclu, quels en sont les cocontractants et quel en est le contenu, le juge doit interpréter les manifestations de volonté (arrêt du Tribunal fédéral 4A_155/2017 du 12 octobre 2017 consid. 2.3).

Il doit rechercher, dans un premier temps, la réelle et commune intention des parties (interprétation subjective), le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices (ATF 132 III 268 consid. 2.3.2, 626 consid. 3.1 p. 632; 131 III 606 consid. 4.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_155/2017 du 12 octobre 2017 consid. 2.3). Constituent des indices en ce sens non seulement la teneur des déclarations de volonté - écrites ou orales -, mais encore le contexte général, soit toutes les circonstances permettant de découvrir la volonté des parties, qu'il s'agisse de déclarations antérieures à la conclusion du contrat ou de faits postérieurs à celle-ci, en particulier le comportement ultérieur des parties établissant quelles étaient à l'époque les conceptions des contractants eux-mêmes (ATF 118 II 365 consid. 1; 112 II 337 consid. 4a ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_155/2017 du 12 octobre 2017 consid. 2.3). L'appréciation de ces indices concrets par le juge, selon son expérience générale de la vie, relève du fait (ATF 118 II 365 consid. 1; pour un résumé de la jurisprudence sur l'interprétation, cf. les arrêts du Tribunal fédéral 4A_508/2016 du 16 juin 2017 consid. 6.2, non publié aux ATF 143 III 348; 4A_98/2016 du 22 août 2016 consid. 5.1; 4A_608/2016 du 30 mai 2017 consid. 2.4 et 4A_155/2017 du 12 octobre 2017 consid. 2.3). Si sa recherche aboutit à un résultat positif, le juge parvient à la conclusion que les parties se sont comprises (arrêt du Tribunal fédéral 4A_155/2017 du 12 octobre 2017 consid. 2.3).

Si le juge ne parvient pas à déterminer la volonté réelle et commune des parties - parce que les preuves font défaut ou ne sont pas concluantes - ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté exprimée par l'autre à l'époque de la conclusion du contrat (ATF 131 III 280 consid. 3.1 p. 286) - ce qui ne ressort pas déjà du simple fait qu'elle l'affirme en procédure, mais doit résulter de l'administration des preuves (arrêts du Tribunal fédéral 5C_252/2004 du 30 mai 2005 consid. 4.3; 4A_210/2015 du 2 octobre 2015 consid. 6.2.1) -, il doit recourir à l'interprétation normative (ou objective), à savoir rechercher leur volonté objective, en déterminant le sens que, d'après les règles de la bonne foi, chacune d'elles pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre (application du principe de la confiance ; ATF 132 III 268 consid. 2.3.2 et 3.1 et 118 II consid. 1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_155/2017 du 12 octobre 2017 consid. 2.3). Ce principe permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 130 III 417 consid. 3.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_155/2017 du 12 octobre 2017 consid. 2.3).

3.2 En l'espèce, l'appelante allègue que les parties avaient l'intention de donner effets au contrat d'assurance perte de gains dès le 1^{er} octobre 2014. L'inscription

de la date sur le formulaire de proposition de ladite assurance au 1^{er} novembre 2014 était une erreur de la part de J_____. A l'appui de cette allégation, l'appelante fait valoir que le contrat de travail de B_____ a débuté le 1^{er} octobre 2014. Le contrat d'assurance perte de gains devait *de facto* prendre effet à cette même date. Le fait que le contrat d'assurance AVS, dont le début d'entrée en vigueur a été corrigé au 1^{er} octobre 2014, prouve, selon l'appelante, que les parties avaient également l'intention de modifier l'entrée en vigueur de l'assurance de perte de gains. Cette affirmation dévoile tout au plus l'intention de A_____ SA de conclure l'assurance perte de gains dès le 1^{er} octobre 2014, mais n'apporte pas de preuve concluante que cette intention a été partagée avec J_____.

A_____ SA a versé à la procédure un échange sms entre K_____ et J_____. En date du 8 novembre 2014, K_____ a requis de J_____ par sms un changement de date de début d'affiliation au 1^{er} octobre 2014, lui demandant d'accuser réception de ce message. Suite à une relance de K_____, J_____ a répondu le 26 novembre 2014 par sms en transférant les coordonnées d'un collaborateur de M_____, afin que K_____ puisse se renseigner sur l'état de l'affiliation AVS de A_____ SA. Il ne ressort pas de cet échange une intention commune des parties de corriger la date d'entrée en vigueur de l'assurance perte de gains. Au contraire, la réponse de J_____ du 26 novembre 2014 à K_____ permet d'affirmer que la demande de K_____ n'était pas comprise par J_____. Cette situation a été confirmée par le témoignage de ce dernier lors de l'audience du 29 janvier 2018. Au vu des considérations qui précèdent, l'appelante ne peut de bonne foi prétendre que les parties voulaient en réalité faire partir les effets du contrat d'assurance de perte de gains en date du 1^{er} octobre 2014.

3.3 L'art 9 de la Loi sur le contrat d'assurance (LCA), prévoit que le contrat d'assurance est nul si au moment où il a été conclu, le risque avait déjà disparu ou si le sinistre était déjà intervenu.

Selon l'art. 23 al. 1 de la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés du 1^{er} janvier 2010 (CCNT), l'employeur est tenu de souscrire une assurance indemnité journalière au bénéfice du collaborateur pour la couverture de 80% du salaire brut pendant 720 jours dans un intervalle de 900 jours consécutifs (180 jours pour les retraités AVS). Pendant un délai d'attente de 60 jours au maximum par année, l'employeur doit verser 88% du salaire brut. En cas d'incapacité de travail ininterrompue, le délai d'attente ne doit être compté qu'une seule fois. Ces prestations sont à fournir, même si les rapports de travail se terminent avant la fin de la maladie. Les primes d'assurance individuelle prélevées éventuellement après la fin des rapports de travail sont à la charge du collaborateur.

Lorsque l'employeur conclut une assurance indemnité journalière insuffisante, il doit fournir lui-même les prestations prescrites dans le présent article (al. 4).

B_____ était en incapacité de travail dès le 20 octobre 2014. Le risque s'étant produit avant l'entrée en vigueur du contrat d'assurance, la couverture d'assurance n'a pas d'effet. Cela résulte tant de l'art. 9 LCA que de l'art. 38 des conditions générales régissant l'assurance collective indemnité journalière selon la LCA de D_____. L'audition de J_____ et l'interrogatoire de l'appelée en cause ont démontré que J_____ en sa qualité de démarcheur n'avait pas autorité pour engager D_____. Même si, et contrairement à ce qui a été exposé précédemment, K_____ avait compris par J_____ qu'une date d'entrée en vigueur rétroactive était possible, le risque n'aurait pas pu être couvert.

L'intimée a totalisé 223 jours d'incapacité (du 20 octobre 2014 au 31 mai 2015). Son salaire du mois d'octobre 2014 lui a toutefois été réglé, de sorte que l'appelante doit lui verser des prestations durant les 211 jours restants de son incapacité, du 1^{er} novembre 2014 au 31 mai 2015. L'appelante est ainsi tenue de verser 88% du salaire brut à l'intimée à compter du 1^{er} novembre 2014 et ceci durant les soixante premiers jours de son incapacité, soit 14'690 fr. – [(8'500 fr./30 jours) x 88%] x 60 jours –, et 80% du salaire pendant 151 jours, soit 34'226.65 fr. – [(8'500 fr./30 jours) x 80%] x 151 jours –.

Au total, l'appelante reste devoir 49'186.65 fr. bruts à l'intimée, lesquels porteront intérêts à 5% l'an à compter du 1^{er} mars 2015.

4. Au vu de ce qui précède, l'appel est infondé et le jugement attaqué sera confirmé.

*L'appel n'est pas soumis à émoluments = Rectification erreur matérielle le 12 mars 2019 (art. 334 CPC).

~~Les frais de la procédure d'appel seront arrêtés à 1'200 fr. (art. 71 Règlement fixant le tarif des frais en matière civile – RTFMC). Ils seront mis à la charge de l'appelante, qui succombe et compensés avec l'avance de ce même montant, qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).*~~

Il n'est pas alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC).

* * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre des prud'hommes, groupe 2

A la forme :

Déclare recevable l'appel formé par A_____ SA contre le jugement JTPH/60/2018 rendu le 7 mars 2018 par le Tribunal des Prud'hommes dans la cause C/21619/2015.

Au fond :

Confirme le jugement attaqué.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

~~Arrête les frais judiciaires d'appel à 1'200 fr.~~

~~Les mets à la charge de A_____ SA et les compense avec l'avance de frais de même montant, qui reste acquise à l'Etat de Genève.**~~

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

**** L'appel n'est pas soumis à émolument = Rectification erreur matérielle le 12 mars 2019 (art. 334 CPC).**

Siégeant :

Monsieur Serge FASEL, président; Monsieur Vincent CANONICA, juge employeur; Monsieur Kasum VELII, juge salarié; Madame Véronique BULUNDWE-LEVY, greffière.

Indication des voies de recours et valeur litigieuse :

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 15'000.- fr.