



E\_\_\_\_\_ S.A.

**Dom. élu :**

Me Mike HORNUNG, avocat  
Place du Bourg-de-Four 9  
1204 GENEVE

Monsieur T\_\_\_\_\_

Médecin-dentiste

Avenue \_\_\_\_\_

12\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_

**Partie appelante**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRET**

**du mercredi 29 mai 2002**

Mme Martine HEYER, présidente

Mme Monique FORNI et M. Daniel FORT, juges employeurs

MM. Michel DEDERDING et Robert STUTZ, juges salariés

Mme Isabelle WAGNER, greffière d'audience.

**EN FAIT**

- A. Par acte déposé le 5 novembre 2001 au greffe de la juridiction des Prud'hommes, E\_\_\_\_\_ S.A. appelle d'un jugement rendu le 22 août 2001, communiqué le 3 octobre 2001 et reçu le lendemain par l'appelante, dont le dispositif est le suivant:
- Condamne E\_\_\_\_\_ S.A. à payer à T\_\_\_\_\_ la somme brute de 9'586 frs 50 (neuf mille cinq cent quatre-vingt-six francs et cinquante centimes), plus intérêts moratoires à 5% l'an, dès le 1<sup>er</sup> avril 2001;
  - Donne acte à E\_\_\_\_\_ S.A. de son engagement à verser à T\_\_\_\_\_ le montant brut de 174 frs 95 (cent septante-quatre francs et nonante-cinq centimes) plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> avril 2001;
  - L'y condamne en tant que de besoin;
  - Invite la partie qui en a la charge à effectuer les déductions légales usuelles;
  - Déboute les parties de toutes autres conclusions.
- B. L'appelante, qui avait engagé T\_\_\_\_\_ comme médecin-dentiste assistant, soutient que le mode de rémunération convenu entre les parties était tout à fait conforme aux exigences légales, notamment en ce qui concerne l'indemnisation de la perte de gain ensuite de maladie. Le système de rémunération consistait en effet à verser à l'employé une provision mensuelle de 3% sur le montant des honoraires encaissés, et générés par son activité, pour permettre à ce dernier de faire face à une éventuelle incapacité de travail à venir, due à la maladie. E\_\_\_\_\_ S.A. reproche au Tribunal de n'avoir pas voulu considérer cela comme compatible avec les exigences de l'article 324a al 4 CO. Elle ajoute que ce 3% représentait en l'occurrence - sur toute la durée de l'activité de l'employé - une somme non négligeable de 12'651 frs, supérieure aux deux mois d'indemnité prévus par l'échelle bernoise, et que l'employé avait fort bien compris le but de ces prestations lors de son engagement. Le jugement qui la condamnait à verser à T\_\_\_\_\_ encore une somme de 9'586 frs 50 revenait à l'obliger à payer deux fois le même poste, et il devait être annulé sur ce point.

- C. T\_\_\_\_, dans sa réponse, a conclu au déboutement de E\_\_\_\_ S.A., et il a formé appel incident. Il rappelle que lors de son engagement, il avait été convenu qu'il serait payé à raison de 33 % des honoraires que son activité de médecin-dentiste assistant rapporterait, une fois ceux-ci encaissés, et que ce pourcentage comportait 3% pour les vacances et 3% pour les absences dues à la maladie. Cependant, sur ce dernier point, il affirme que personne ne lui a expliqué à quoi correspondait ce versement, ni que E\_\_\_\_ S.A. n'avait pas conclu d'assurance perte de gain, et qu'il se serait, par conséquent, agi pour lui d'en contracter une. Ce système était selon lui inadmissible, il ne répondait pas aux exigences de l'article 324a al. 4 CO, et c'était à bon droit que le Tribunal avait condamné E\_\_\_\_ S.A., en application de l'échelle de Berne, à lui verser l'équivalent de deux mois de salaire, calculé sur une moyenne mensuelle de 4'793 frs 25, soit 9'586 frs 50.

Formant appel incident, il reproche toutefois au Tribunal d'avoir mal apprécié les circonstances dans lesquelles il avait été conduit à donner lui-même son congé à son employeur; il indique avoir été contraint de le faire, car il n'était pas écouté lorsqu'il se plaignait des conditions de travail. Il soutient d'ailleurs que l'employeur l'avait même licencié verbalement pour cela, mais avait refusé de le confirmer par écrit. Il souligne d'autre part que si le système consistant à payer les assistants à raison de 33 % des honoraires générés par l'activité de ces derniers est usuel, en général il comprend l'ensemble des honoraires facturés, qu'ils soient ou non encaissés effectivement. Ainsi, sur une telle base de calcul, E\_\_\_\_ S.A. doit lui verser encore une somme de 1'289 frs 85 bruts, et non seulement 174 frs 95 comme elle le prétend.

Enfin, T\_\_\_\_ entend obtenir une indemnité dont il ne chiffre pas le montant, mais qui devrait équivaloir au moins à deux mois de son salaire moyen, pour avoir été contraint de quitter son emploi auprès de E\_\_\_\_ S.A. dans des circonstances inacceptables, ce qui avait porté atteinte à sa santé et entraîné une longue période de chômage, dont il n'était toujours pas sorti.

- D. Les faits suivants ressortent de la procédure:
- a. E\_\_\_\_ S.A. a engagé verbalement T\_\_\_\_, à temps partiel, en qualité de médecin-dentiste assistant, à dater du 13 juillet 1998 et pour une durée indéterminée. Cet engagement a été confirmé par lettre de l'employeur du 29 juin 1998, selon les modalités suivantes :

Une participation de 33% aux encaissements comprenant 3% pour les vacances et 3% pour les absences et la maladie.

Un horaire débutant entre 13 et 14 heures; à ce propos T\_\_\_\_\_ soutient avoir travaillé jusqu'à 18 ou 19 heures et une fois dans la semaine jusqu'à 20 ou 21 heures, outre les gardes. Il indique qu'étant en incapacité de travail partielle en raison de maux de tête fréquents, il est au bénéfice d'une rente d'invalidité et ne peut exercer qu'une activité à temps partiel.

- b. Le 2 janvier 2001 E\_\_\_\_\_ S.A. a écrit à l'employé pour lui signaler que suite à sa dernière altercation avec un patient, il était invité à être dorénavant extrêmement prudent dans ses relations avec sa clientèle et le personnel de E\_\_\_\_\_ S.A.. Par pli du lendemain T\_\_\_\_\_ contesta les termes de cette lettre, estimant que l'une des représentantes de E\_\_\_\_\_ S.A., A\_\_\_\_\_, lui avait fait des remarques injustifiées et lui avait indiqué, en novembre 2000, que leur collaboration prendrait fin le 31 janvier 2001. Elle le lui avait répété au début décembre, à la suite d'une altercation avec un jeune patient qui s'était montré "malhonnête" à l'égard de T\_\_\_\_\_. Ce dernier terminait sa lettre en ces termes: «N'ayant pas reçu de lettre de congé, malgré mes demandes, je viens vous confirmer par ces lignes le congé verbal qui m'a été donné à deux reprises pour la fin de ce mois».

Un nouvel échange de correspondance s'ensuivit, les 24 et 26 janvier 2001, dont il ressort que E\_\_\_\_\_ S.A. conteste avoir eu la volonté de licencier l'employé, et que ce dernier a finalement formellement résilié le contrat pour le 31 mars 2001-

Le 29 janvier 2001, T\_\_\_\_\_ adressa à son employeur un certificat médical faisant état d'une incapacité totale de travail pour cause de maladie dès le jour-même; un nouveau certificat allant dans le même sens fut encore adressé à E\_\_\_\_\_ S.A., daté du 16 février 2001. De fait, T\_\_\_\_\_ n'a pas repris son emploi avant l'échéance du délai de congé qu'il avait fixé au 31 mars 2001.

- c. Les fiches de salaire remises chaque mois à l'employé, et ce tout au long de la période pendant laquelle ce dernier est resté au service de E\_\_\_\_\_ S.A., comportent effectivement un montant déterminé, représentant le 27% des honoraires, déduction faite des frais de laboratoire et deux autres montants identiques entre eux, représentant chacun le 3% desdits honoraires, l'un pour les vacances et l'autre pour les maladies et absences. Les charges sociales (AVS, chômage et assurance accident) apparaissent avoir été calculées sur le montant total de la rétribution de 33%.

T\_\_\_\_\_ a perçu, sur toute la période de son activité pour E\_\_\_\_\_ S.A., un salaire mensuel moyen de 4'793 frs 27 brut.

- d. Le 9 mars 2001, T\_\_\_\_\_ déposa une demande devant la juridiction des Prud'hommes; ses prétentions ont sensiblement varié en cours de

procédure quant à leur montant; elles tendent en définitive au paiement par E\_\_\_\_\_ S.A. d'une indemnité pour perte de gain ensuite de maladie équivalent à deux mois de salaire, selon l'échelle de Berne, vu la durée des relations de travail. Il a initialement fixé cette indemnité à 9'951 frs puis à 10'215 frs. Il a aussi réclamé une somme de 34'892 frs 15 au titre d'indemnité pour vacances non prises en nature, le versement de dommages et intérêts non chiffrés en raison des circonstances dans lesquelles le contrat avait pris fin, un complément d'honoraires de 1'289 frs 85 et la remise d'un certificat de travail.

E\_\_\_\_\_ S.A. a contesté les prétentions de T\_\_\_\_\_, hormis en ce qui concerne le complément d'honoraires, qu'elle chiffre toutefois é 174 frs 95, ensuite des derniers encaissements opérés. S'agissant du mode de couverture de la perte de gain en cas de maladie, E\_\_\_\_\_ S.A. a soutenu que tous ses employés étaient rémunérés de la même manière; une ancienne employée, B\_\_\_\_\_, a indiqué au Tribunal que le même régime lui était appliqué, et qu'elle avait contracté elle-même une assurance pour perte de gain. "

T\_\_\_\_\_ a persisté dans ses prétentions, sauf en ce qui concerne la remise d'un certificat de travail, auquel il déclara vouloir renoncer.

- E. Le 22 août 2001 le Tribunal des Prud'hommes rendit le jugement présentement déféré; les premiers juges ont considéré que le mode de rémunération adopté par E\_\_\_\_\_ S.A. pour la perte de gain en cas de maladie ne répondait pas aux exigences légales, car il était trop imprécis, les montants variant chaque mois, le nombre de jours assurés n'étant pas connu, ni le pourcentage du gain assuré, ni le délai de carence, ni enfin le montant de la participation de l'employeur aux cotisations d'assurance. Les premiers juges ont ainsi accordé à T\_\_\_\_\_ une somme équivalent à deux mois de son salaire moyen. Ils ont aussi alloué à ce dernier un complément de salaire de 174 frs 95, selon le calcul produit par E\_\_\_\_\_ S.A.. L'indemnité pour vacances non prises lui a été refusée, car celle-ci était clairement libellée sur les fiches de salaire. L'indemnité résultant du dommage prétendument causé par le comportement de l'employeur lui a aussi été refusée, les conditions de son octroi n'ayant pas été démontrées.
- F. En appel, les parties ont repris toutes deux leur argumentation de première instance. Elles ont été entendues le 6 février 2002; E\_\_\_\_\_ S.A. a en particulier indiqué qu'elle comptait une vingtaine d'employés, tous rémunérés selon les mêmes modalités. T\_\_\_\_\_ précisa que l'indemnité qu'il réclamait résultait de ce que l'attitude de son employeur avait provoqué sa maladie, et partant divers frais et la diminution de sa capacité de gain. La Cour d'appel entendit le comptable de E\_\_\_\_\_ S.A., qui confirma que la formule utilisée pour l'indemnisation de la perte de gain

était usuelle dans la société, mais qu'elle n'était pas économique pour l'employeur, car la participation à des primes d'assurance aurait certainement été moins onéreuse.

### **EN DROIT**

1. Déposés selon la forme et dans les délais prescrits par les articles 59 et 62 LJP, l'appel principal et l'appel incident sont tous deux recevables.
2. Avec raison, les parties ne remettent pas en cause l'analyse du Tribunal, dont il ressort que le contrat qui les a liées est un contrat de travail.

Trois points demeurent en litige: l'indemnité pour perte de gain en cas de maladie, le complément de salaire et l'indemnité liée aux circonstances du licenciement.

Il convient de relever que la procédure devant la Cour d'appel n'a pas apporté d'éléments déterminants par rapport à ceux réunis en première instance.

- 3.1. L'analyse des premiers juges à propos du mode de rémunération de l'employé en raison de la perte de gain consécutive à la maladie est correcte, et mérite d'être approuvée.

En effet, l'article 324a al. 1 CO dispose que 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 conclu pour plus de trois mois.

En l'occurrence, et en application des normes découlant de l'échelle de Berne, l'employé, qui est tombé malade le 29 janvier 2001, durant sa troisième année de service, a droit à l'équivalent de deux mois de salaire. L'employeur, qui soutient avoir déjà versé à l'employé une somme supérieure à deux mois de salaire au titre d'indemnité pour perte de gain due à la maladie, devrait donc en principe être libérée de tout versement supplémentaire.

Pour cela il faut cependant que la convention passée entre les parties garantisse au travailleur des prestations au moins équivalentes à celles impérativement prévues par la disposition légale susmentionnée (art. 324a al. 4 CO). Or, les premiers juges ont considéré que cette équivalence n'existait pas, en quoi leur raisonnement doit être suivi:

L'équivalence entre un système conventionnel et la norme légale de l'article 324a al. 1 CO doit s'examiner à la lumière de divers critères, tels que la relation entre l'indemnité journalière et le salaire de l'employé, le taux de la cotisation et sa répartition entre l'employé et l'employeur, la durée de la protection, etc.

La question de cette équivalence - difficile à résoudre, et dont les solutions possibles demeurent controversées en doctrine (SJ 1982 p. 574) - ne se pose toutefois plus guère en pratique, car souvent les employeurs concluent une assurance destinée à couvrir le personnel contre le risque d'une perte de gain en cas de maladie; cet usage garantit largement l'équivalence des prestations exigée par la loi, puisque les assurances couvrent généralement l'employé durant 720 jours sur une période de 900 jours (Brunner/Bühler/Waeber, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 1996, p. 79 n° 18)

En l'espèce, le système adopté par l'employeur ne permet pas l'examen des différents critères susmentionnés, de la réalisation desquels dépend l'équivalence. Le salaire de l'employé était variable de mois en mois, ce qui entraîne la variation du montant de l'indemnité; aucune distinction ne peut être opérée utilement entre la participation de l'employé et celle de l'employeur au risque assuré, apparemment assumé ici intégralement par le premier désigné; rien, enfin, ne permet de connaître de durée de la prestation ni la période de carence. D'autre part, le système en question recèle des ambiguïtés importantes, car l'employé n'a pas été clairement informé du but et de la portée du versement de 3% effectué par son employeur, pour être affecté à la perte de gain en cas de maladie; de même l'employeur n'a pas indiqué à l'employé que cette prestation devait soit être économisée pour servir ultérieurement - à une date et pour une période du reste indéterminées - en cas de réalisation du risque, soit être affectée au paiement des primes d'une assurance à contracter. A cela s'ajoute que les bulletins de salaire indiquent que cette prestation était soumise aux charges sociales, élément qui ne pouvait que conforter l'employé dans sa perception selon laquelle elle n'était qu'un élément du salaire dont il pouvait disposer librement.

De tout ce qui précède la Cour d'appel parvient à la conclusion que le système litigieux ne répond pas aux exigences légales et que le jugement entrepris doit être confirmé en ce qu'il condamne l'employeur à verser 9'586 frs 50 à l'employé avec intérêts à 5% l'an du 1<sup>er</sup> avril 2001.

- 3.2. S'agissant du complément d'honoraires, la convention des parties est claire, et vise uniquement ceux qui ont été effectivement encaissés. Désormais, les dossiers qui sont encore en recouvrement ou en litige ne peuvent pas être pris en considération, et seul est dû à l'intimé le complément admis par E\_\_\_\_ S.A., sur la base d'un décompte, au demeurant non contesté par l'employé, et qui ascende à 174 frs 95, comme l'ont retenu les premiers juges. Le jugement sera donc aussi confirmé sur ce point.
- 3.3. S'agissant de l'octroi d'une indemnité en raison de l'attitude inacceptable qui aurait été adoptée par l'employeur, ni en première instance ni en appel l'employé n'a démontré ses allégations - contestées - selon lesquelles ses revendications et opinions n'auraient jamais été prises en compte, notamment pour ce qui est de la qualité du matériel mis à sa disposition par l'employeur; il n'a pas non plus démontré que l'employeur l'aurait traité de manière inacceptable, ni même qu'il l'aurait verbalement licencié. La lecture des correspondances échangées à l'époque révèle tout au plus que des divergences ont opposé les parties s'agissant de l'attitude de l'employé envers ses collègues et ses patients, et que finalement ce dernier a donné son congé. Rien ne permet non plus de considérer que la maladie dont il a souffert à cette même époque, et jusqu'à la fin de son contrat, ait été consécutive à ces divergences. Dans ces conditions, c'est à juste titre que les premiers juges ont refusé d'entrer en matière et rejeté les prétentions de l'employé.
4. De ce qui précède il résulte que le jugement entrepris doit être intégralement confirmé. Compte tenu du montant litigieux, il n'y a pas lieu à émolument.

### **PAR CES MOTIFS**

**La Cour d'appel des prud'hommes, Groupe 5,**

### **A la forme**

Reçoit l'appel principal déposé le 5 novembre 2001 par E\_\_\_\_ S.A. et l'appel incident formé par T\_\_\_\_ dans ses écritures du 27 novembre 2001, contre le jugement rendu le 22 août 2001 dans la cause n° C/5142/01-5.

**Au fond**

Rejette les appels principal et incident.

Confirme intégralement le jugement précité.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Le greffier de juridiction

La présidente