

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.173/2004 /ech

Arrêt du 7 septembre 2004
Ire Cour civile

Composition
MM. et Mme les Juges Corboz, président, Rottenberg Liatowitsch et Favre.
Greffière: Mme Cornaz.

Parties

A. _____,
demandeur et recourant, représenté par Me Jean-Bernard Waeber,
contre

X. _____ SA,
défenderesse et intimée, représentée par Me Jean-Franklin Woodtli.

Objet
contrat de travail,

recours en réforme contre l'arrêt de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève du
26 février 2004.

Faits:

A.
Le 1er janvier 1969, A. _____, né en 1942, a été engagé par Y. _____ SA en tant que réceptionnaire. A compter du mois d'août 1996, il a été transféré au sein de l'entreprise au département des véhicules d'occasion en qualité de vendeur.

Dès le 1er janvier 1999, la rémunération fixe de A. _____, payable treize fois l'an, s'est composée de 2'300 fr. brut et de 1'500 fr. brut à titre de "rating", soit une somme calculée en principe chaque année sur la base d'un certain nombre de critères tels que la formation, l'expérience, la pratique des langues étrangères, etc. En outre, celui-ci avait droit à une commission sur les ventes (1,5% sur la différence entre le prix de vente et le montant de la reprise), ainsi qu'à des primes spéciales s'il atteignait ses objectifs personnels. Ces deux dernières composantes correspondaient à la part variable du salaire.

Au cours de l'année 2000, la succursale X. _____ SA, filiale du groupe Y. _____ SA, a acquis sa propre personnalité juridique. Elle a été inscrite au Registre du commerce de Genève en date du 16 novembre 2000. Le transfert des rapports de travail a eu lieu le 1er septembre 2000 et a fait l'objet d'un avenant au contrat de travail que A. _____ a signé le 8 décembre 2000. Les vendeurs travaillaient désormais sur un nouveau site et disposaient d'un stock de véhicules plus important.

A partir du 1er janvier 2001, la rémunération de A. _____ a été fixée à 2'300 fr. brut par mois, payable treize fois l'an, plus une commission sur le prix de vente net des voitures vendues, dont le taux variait de 1,2% à 1,8% selon l'âge du parc. Le vendeur percevait toutefois au minimum une commission de 100 fr. pour les ventes inférieures à 5'000 fr. Enfin, il était prévu un bonus de 10 fr. par voiture vendue si l'objectif personnel était atteint. De surcroît, une commission de 33,33% (166 fr.) sur la marge de 500 fr. allouée aux vendeurs sur chaque vente leur était distribuée si cette marge n'était pas entamée, le solde revenant à l'entreprise.

Le 11 décembre 2000, A. _____ a signé un courrier intitulé "Budget et rémunération 2001" reprenant intégralement les conditions susvisées.

A partir du 12 février 2001, A. _____ s'est trouvé en incapacité de travail pour cause de dépression.

Dès cette date et jusqu'au 28 février 2002, A. _____ a perçu son salaire fixe et des indemnités

pour perte de gain fixées à 201 fr. 90, correspondant à 1/250ème du revenu brut 2000/2001. X. _____ SA a arrêté à 50'481 fr. le montant des commissions versées à A. _____ durant les douze mois ayant précédé son incapacité de travail. Les fiches de salaire de A. _____ démontrent qu'il a perçu, entre février 2000 et janvier 2001, des commissions sur vente de voitures d'occasion à hauteur de 46'158 fr. (code 4500), des commissions sur vente de voitures neuves à hauteur de 3'867 fr. (code 4520) et des commissions à hauteur de 14'535 fr. (code 4535). Les montants versés à titre de commissions sous code 4535 ont fait l'objet de certains décomptes séparés adressés à A. _____. Ainsi, il s'agit pour 5'775 fr. d'un droit aux vacances de 25 jours payés avec le salaire de juillet 2000 et pour 3'625 fr. de 17 jours de maladie payés avec le salaire d'août 2000. A. _____ a également reçu 2'120 fr. avec son salaire de décembre 2001, montant correspondant à 10,5 jours de vacances.

Par lettre du 20 novembre 2001, X. _____ SA a mis fin au contrat de travail de A. _____ pour le 28 février 2002. Le 5 décembre 2001, A. _____ a fait opposition à son licenciement, qu'il a considéré comme abusif.

B.

Le 24 avril 2002, A. _____ a assigné X. _____ SA devant le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève en paiement de 51'748 fr. 80 (sic) brut et de 67'230 fr. net, soit 16'249 fr. 50 brut plus intérêt à 5% l'an dès le 31 mai 2001 à titre de différence de salaire résultant de la modification de son contrat, 15'325 fr. brut plus intérêt à 5% l'an dès le 31 mai 2001 à titre de différence de salaire en période de maladie, 11'190 fr. 80 brut plus intérêt à 5% l'an dès le 28 février 2002 à titre d'indemnité pour jours de vacances non pris, 1'639 fr. 50 brut plus intérêt à 5% l'an dès le 28 février 2002 pour des commissions impayées, 20'000 fr. net plus intérêt à 5% l'an dès le 28 février 2002 en réparation du tort moral et 47'230 fr. net plus intérêt à 5% l'an dès le 28 février 2002 à titre d'indemnité pour licenciement abusif. Par jugement du 3 mars 2003, cette autorité a débouté A. _____ de toutes ses conclusions.

Le 19 septembre 2003, A. _____ a appelé de cette décision, reprenant ses conclusions en paiement d'une différence de salaire sur la part fixe - par 16'249 fr. 50 - et sur la part variable - par 15'325 fr. -, de celui-ci et concluant également au versement de 9'070 fr. 80 brut plus intérêt à 5% l'an dès le 28 février 2002 à titre d'indemnité pour jours de vacances non pris, de 20'000 fr. net plus intérêt à 5% l'an dès le 28 février 2002 en réparation du tort moral et de 38'000 fr. net plus intérêt à 5% l'an dès le 28 février 2002 à titre d'indemnité pour licenciement abusif. Par arrêt du 26 février 2004, la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes a confirmé le jugement du 3 mars 2003.

C.

A. _____ (le demandeur) interjette un recours en réforme au Tribunal fédéral. Il conclut à l'annulation de l'arrêt entrepris et à la condamnation de X. _____ SA à lui payer les montants de 33'946 fr. 20 brut avec intérêt à 5% l'an dès le 31 août 2001, 5'345 fr. 10 brut avec intérêt à 5% l'an dès le 28 février 2002 et 5'000 fr. net avec intérêt à 5% l'an dès le 28 février 2002, avec suite de frais et dépens.

X. _____ SA (la défenderesse) conclut au rejet, avec suite de dépens.

Le Tribunal fédéral considère en droit:

1.

1.1 Interjeté par le demandeur, travailleur qui a succombé dans ses conclusions en paiement à l'encontre de son employeur, et dirigé contre un jugement final rendu en dernière instance cantonale par un tribunal supérieur (art. 48 al. 1 OJ) sur une contestation civile (cf. ATF 130 III 102 consid. 1.1; 129 III 415 consid. 2.1) dont la valeur litigieuse dépasse le seuil de 8'000 fr. (art. 46 OJ), le présent recours en réforme est en principe recevable, puisqu'il a été déposé en temps utile (art. 34 al. 1 let. a et 54 al. 1 OJ) et dans les formes requises (art. 55 OJ). Il en va de même de la réponse (art. 59 al. 1 OJ).

1.2 Saisi d'un recours en réforme, le Tribunal fédéral doit conduire son raisonnement juridique sur la base des faits contenus dans la décision attaquée, à moins que des dispositions fédérales en matière de preuve n'aient été violées, qu'il y ait lieu de rectifier des constatations reposant sur une inadvertance manifeste (art. 63 al. 2 OJ) ou qu'il faille compléter les constatations de l'autorité cantonale parce que celle-ci n'a pas tenu compte de faits pertinents et régulièrement allégués (art. 64 OJ). Dans la mesure où une partie recourante présente un état de fait qui s'écarte de celui contenu dans la décision attaquée, sans se prévaloir avec précision de l'une des exceptions qui viennent d'être rappelées, il n'est pas possible d'en tenir compte (ATF 130 III 102 consid. 2.2 p. 106, 136 consid. 1.4). Il ne peut être présenté de griefs contre les constatations de fait, ni de faits ou de moyens de preuve nouveaux (art. 55 al. 1 let. c OJ). Le recours en réforme n'est pas ouvert pour remettre en cause l'appréciation des preuves et les constatations de fait qui en découlent (ATF 130

III 136 consid. 1.4; 129 III 618 consid. 3).

1.3 Le Tribunal fédéral applique le droit d'office, sans être lié par les motifs que les parties invoquent (art. 63 al. 1 OJ), ni par l'argumentation juridique retenue par la cour cantonale (art. 63 al. 3 OJ; ATF 130 III 136 consid. 1.4; 128 III 22 consid. 2e/cc p. 29). Un recours peut donc être admis pour d'autres motifs que ceux invoqués par le recourant et il peut également être rejeté sur la base d'une autre argumentation juridique que celle retenue par l'autorité cantonale (ATF 130 III 136 consid. 1.4; 127 III 248 consid. 2c p. 252 s.).

2.

Dans la présente procédure, le demandeur ne remet plus en cause le refus de lui allouer une indemnité pour licenciement abusif. Le Tribunal fédéral ne reverra donc pas cette question (art. 55 al. 1 let. b et c OJ).

3.

Invoquant l'art. 341 al. 1 CO, le demandeur soutient que son accord à la modification du contrat - soit le changement du système de rémunération intervenu le 1er janvier 2001 -, si elle lui était défavorable, ne pouvait produire ses effets qu'à l'échéance du délai de congé.

3.1 L'art. 341 al. 1 CO, qui exclut une renonciation de la part du travailleur pendant un certain laps de temps aux créances résultant de normes impératives, ne vise pas l'art. 322 CO, relatif au salaire du travailleur, lequel article n'est pas de droit impératif, puisqu'il ne figure ni à l'art. 361 ni à l'art. 362 CO (cf. arrêt C.425/1981 du 18 mai 1982, publié in: SJ 1983 p. 94 consid. 2b, confirmé dernièrement in: arrêt 4C.323/2002 du 14 janvier 2003 consid. 3.5; arrêt 4C.182/2000 du 9 janvier 2001 consid. 5c). La doctrine et la jurisprudence admettent ainsi qu'en cours de contrat, le salaire peut être diminué pour le futur par accord entre les parties (arrêt 4C.62/2003 du 21 mai 2003 consid. 3.2).

3.2 En l'espèce, la cour cantonale a retenu que le demandeur avait adhéré au nouveau système sans y trouver à redire et que celui-ci n'avait pas renoncé de manière unilatérale à une créance protégée, mais avait signé un avenant à son contrat impliquant des modifications touchant à la structure de son salaire destinées en principe à accroître la part variable et le montant total de celui-ci. Compte tenu de la jurisprudence susmentionnée, l'accord passé entre les parties - dont le demandeur ne plaide pas l'invalidation - a pu valablement entrer en vigueur au moment convenu par celles-ci, soit le 1er janvier 2001, indépendamment de la question de savoir si le nouveau système était plus favorable au demandeur que l'ancien.

4.

Relevant que la cour cantonale a considéré que le système de rémunération entré en vigueur le 1er janvier 2001 était aussi, voire plus avantageux que le système antérieur, le demandeur soutient que, pendant sa période d'absence pour cause de maladie, il a cumulé les désavantages des deux systèmes. Il expose avoir reçu la part fixe de son salaire calculée selon le nouveau système plus défavorable, soit 2'300 fr. au lieu de 3'800 fr. par mois, et la part variable calculée sur la base des douze derniers mois, c'est-à-dire quasi exclusivement sur la base de commissions calculées selon l'ancien système qui lui était plus défavorable. Invoquant une violation de l'art. 324a CO, le demandeur conclut au versement d'un solde de salaire d'un montant de 33'946 fr. 20, soit 18'619 fr. 20 correspondant à la part fixe et 15'327 fr. à la part variable de sa rémunération.

4.1 A titre préliminaire, il convient de relever que les conclusions prises par le demandeur du chef de la modification de son système de rémunération se sont élevées à 31'574 fr. 50 devant la cour cantonale, alors qu'elles se montent à 33'946 fr. 20 devant le Tribunal fédéral. Or, les conclusions augmentées, c'est-à-dire plus étendues ou portant sur un montant plus élevé, doivent être qualifiées de nouvelles et sont, en conséquence, irrecevables dans le cadre d'un recours en réforme (art. 55 al. 1 let. b in fine OJ; Poudret, COJ, art. 55 OJ n. 1.4.3). En concluant, dans son recours en réforme au Tribunal fédéral, au versement de la somme de 33'946 fr. 20 en lieu et place des 31'574 fr. 50 invoqués devant la cour cantonale, le demandeur prend des conclusions inadmissibles à concurrence de la différence entre ces deux montants (cf. ATF 120 II 124 consid. 5a non publié).

4.2 Selon l'art. 324a CO, si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part, l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité (al. 1). Un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective peut déroger aux dispositions des al. 1 à 3 à condition d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes (al. 4).

Pendant la période d'incapacité de travail, l'employé doit recevoir le même salaire que s'il travaillait (cf. Aubert, Commentaire romand, art. 324a CO n. 44; Rehbindler/Portmann, Commentaire bâlois, art. 324a CO n. 9; Brunner/Bühler/Waeber, Commentaire du contrat de travail, 2ème éd., Lausanne 1996, art. 324a CO n. 10; Staehelin/Vischer, Commentaire zurichois, art. 324a CO n. 48), y compris, notamment, le treizième salaire (Geiser, Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, PJA 2003, p. 323 ss, spéc. p. 327; Wyler, Droit du travail, Berne 2002, p. 164 note 484; Favre/Munoz/Tobler, Le contrat de travail, Code annoté, Lausanne 2001, art. 324a CO n. 1.19; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5ème éd., Zurich 1992, art. 324a/b CO n. 9).

Lorsque la rétribution est composée de commissions, l'employeur doit calculer le salaire en fonction de la moyenne obtenue durant l'année écoulée (cf. ATF 125 III 14 consid. 2b p. 16; Aubert, op. cit., art. 324a CO n. 44). Si l'emploi n'a pas duré autant, il faut tenir compte de la moyenne de tous les gains perçus. Un tel système n'est cependant applicable que dans la mesure où l'on parvient ainsi, de manière précise et concrète, à approcher autant que possible le salaire probable qui aurait été alloué en l'absence d'incapacité de travail (cf. ATF 125 III 14 consid. 2b p. 17; Favre/Munoz/Tobler, op. cit., art. 324a CO n. 1.18). Le cas échéant, il convient de procéder à une estimation, en application analogique de l'art. 42 al. 2 CO (cf. Rehbinden/Portmann, op. cit., art. 324a CO n. 9).

4.3 Partant de la prémisse que les parties seraient liées par un accord écrit au sens de l'art. 324a al. 4 CO, la défenderesse estime que le principe de l'équivalence a été respecté, de sorte que les conclusions du demandeur seraient infondées. Dans la mesure où cette argumentation repose sur des faits qui ne ressortent pas de l'arrêt entrepris et où la défenderesse ne se prévaut pas de l'une des exceptions permettant de s'écarter des principes susrappelés (cf. consid. 1.2), son procédé n'est pas admissible.

4.4 En l'espèce, le nouveau système de rémunération, valablement entré en vigueur le 1er janvier 2001 (cf. consid. 3.2), n'était appliqué que depuis un mois plein au moment du début de l'incapacité de travail du demandeur, de sorte qu'il n'est pas possible de calculer le salaire, en particulier la part variable, en fonction de la moyenne obtenue au cours des douze derniers mois en application de celui-ci. Par ailleurs, annualiser le montant des commissions obtenues par le demandeur durant le seul mois de janvier 2001 ne permettrait pas d'obtenir un résultat représentatif des gains qui pourraient être perçus pendant une année entière. Il convient donc de fixer le montant du salaire déterminant en appliquant l'art. 42 al. 2 CO par analogie.

Compte tenu du fait que, dans le cas particulier, les parties étaient déjà liées par un contrat de travail à raison de la même activité avant le changement du système de rémunération au 1er janvier 2001, il est adéquat de se fonder sur le salaire effectivement réalisé au cours de cette période, fût-ce dans une large mesure en application de l'ancien système de rémunération. Les juges cantonaux ont retenu que le "rating" de 1'500 fr. par mois avait été remplacé par diverses commissions plus importantes, ce dont il découle que celles-ci avaient pour vocation de compenser la suppression de celui-là. Pour calculer le montant du salaire déterminant en application de l'ancien système, il convient donc de prendre le "rating" en considération, ainsi que le demandeur le plaide à juste titre.

4.4.1 Pour ce qui est de la part fixe du salaire, la moyenne du revenu perçu par le demandeur au cours des douze mois ayant précédé le début de son incapacité de travail s'élève ainsi à $(11 \times 3'800 \text{ fr.} + 2'300 \text{ fr.} = 44'100 \text{ fr.} \div 12 =) 3'675 \text{ fr.}$, soit une différence de $(3'675 \text{ fr.} - 2'300 \text{ fr.} =) 1'375 \text{ fr.}$ par mois par rapport au montant effectivement versé par la défenderesse. Pour la période du 12 février 2001 au 28 février 2002, le solde de salaire correspondant à la part fixe qui reste dû au demandeur est donc de $(12,5 \times 1'375 \text{ fr.} =) 17'187 \text{ fr. 50}$ soit $(17'187 \text{ fr. 50} + 8,33\% =) 18'619 \text{ fr. 20}$ compte tenu du treizième salaire.

4.4.2 S'agissant de la part variable de la rémunération, la cour cantonale a retenu, à titre de commissions déterminantes perçues pendant la période de référence, la somme de $(46'158 \text{ fr. pour les véhicules d'occasions} + 3'867 \text{ fr. pour les véhicules neufs} =) 50'025 \text{ fr.}$ Elle n'a en revanche pas tenu compte de la somme de 14'535 fr. correspondant à diverses autres commissions (soit 3'385 fr. versés en février 2000, 5'775 fr. versés en juillet 2000 pour un droit aux vacances de 25 jours, 3'325 (recte: 3'625) fr. versés en août 2000 pour le remboursement de 17 jours de maladie et 1'750 fr. versés en janvier 2001), considérant que celle-ci n'influait pas le montant des indemnités devant être versées au demandeur durant son absence.

Le demandeur tient ce raisonnement pour erroné. Il expose que, pour qu'une moyenne de revenu reflète la rémunération exacte du travailleur, il faut prendre en considération l'ensemble des revenus dus pendant la période de référence, donc également les montants versés pendant les périodes de maladie ou de vacances.

L'on ne peut qu'adhérer à cette manière de voir. En effet, comme exposé plus haut (cf. consid. 4.2), pendant la période d'incapacité de travail, l'employé doit recevoir le même salaire que s'il travaillait. Or, tant le salaire afférent aux vacances (Rehbinden, Commentaire bernois, art. 329d CO n. 1), que le salaire en cas d'empêchement de travailler (Staehelin/Vischer, op. cit., art. 324a CO n. 48; Streiff/von Kaenel, op. cit., art. 324a/b CO n. 5) doivent être considérés comme du salaire au sens des art. 319 al. 1 et 322 al. 1 CO (Rehbinden, op. cit., art. 324a CO n. 21) et, partant, de l'art. 324a CO. Pour le surplus, l'arrêt entrepris ne précise pas la nature des commissions s'élevant à 3'385 fr. et 1'750 fr., ce qui ne porte toutefois pas à conséquence, dès lors que, d'une manière générale, les commissions font partie du salaire dont le versement doit être garanti à l'employé au sens de l'art.

324a CO. Dans ces circonstances, la somme de 14'535 fr. doit être ajoutée à celle de 50'025 fr. retenue par la cour cantonale, ce qui donne un total de 64'560 fr. à titre de commissions perçues par le demandeur pendant les douze mois ayant précédé le début de son incapacité de travail.

Le demandeur demande au Tribunal fédéral de compléter les constatations de fait en application de l'art. 64 al. 2 OJ. L'art. 64 OJ est conçu pour l'hypothèse où, généralement en raison d'une analyse juridique erronée, la cour cantonale n'a pas tenu compte de certains faits parce qu'elle n'en a pas saisi la pertinence; dans ce cas, plutôt que de renvoyer l'affaire à l'autorité cantonale (art. 64 al. 1 OJ), le Tribunal fédéral peut lui-même compléter l'état de fait (art. 64 al. 2 OJ), pour autant qu'il s'agisse d'ajouter des points accessoires, régulièrement allégués et clairement établis (arrêt 4C.152/2002 du 22 juillet 2002, publié in: SJ 2003 I 359 consid. 1.3.3 non publié et les références citées). Tel est le cas en l'espèce, dès lors que la cour cantonale n'a à tort pas appliqué l'art. 324a CO. Par conséquent, la cour de céans peut procéder aux calculs qui s'imposent sans qu'il soit nécessaire de renvoyer la cause à l'autorité cantonale pour qu'elle complète ses constatations en application de l'art. 64 al. 1 OJ.

Conformément au système appliqué par la défenderesse, le montant de commission par jour d'absence, notamment pour cause de maladie, correspond à 1/250ème du montant des commissions versées au cours des douze derniers mois soit, en l'espèce, (64'560 fr. ./ 250 =) 258 fr. 25. La somme due pour les 272 jours ouvrables du 12 février 2001 au 28 février 2002 s'élève ainsi à (258 fr. 25 x 272 =) 70'244 fr., dont à déduire celle de 54'919 fr. d'ores et déjà versée par la défenderesse, d'où un solde de 15'325 fr. en faveur du demandeur.

4.5 Compte tenu de ce qui précède, la défenderesse doit être condamnée à payer au demandeur la somme de (18'619 fr. 20 + 15'325 fr. =) 33'944 fr. 20 - ramenée à 31'574 fr. 50 compte tenu des conclusions prises par celui-ci devant l'autorité cantonale (cf. consid. 4.1) -, avec intérêt à 5% l'an dès le 31 août 2001, échéance moyenne.

5.

Le demandeur prétend au versement de la somme brute de (4'753 fr. 50 + 591 fr. 60 =) 5'345 fr. 10 avec intérêt à 5% l'an dès le 28 février 2002 à titre d'indemnité pour 25,33 jours de vacances non pris, soit 17 au 31 décembre 2000, 6,25 en 2001 et 2,08 en 2002. Il soutient d'une part que les montants de 5'775 fr. et 2'120 fr. qui lui ont été versés par la défenderesse ne couvrent pas la part fixe de la rémunération, d'autre part que, pour le solde de 8,33 jours de vacances de 2001 et 2002, la part variable de l'indemnité payée en décembre 2001 a été calculée sur la base de la moyenne des douze derniers mois avant la survenance de sa maladie, c'est-à-dire selon l'ancien système de rémunération plus défavorable, de sorte qu'il y aurait lieu de calculer la part fixe en incluant le "rating" de 1'500 fr. pour les mois de l'année 2000. Enfin, s'agissant de la part variable versée en 2001, il apparaîtrait qu'elle a été calculée sur la base d'un taux de 201 fr. 90 par jour ouvrable, alors que ce taux devrait être fixé à 258 fr. 25 pour que le demandeur ait pendant ses vacances le même salaire que s'il travaillait.

5.1 L'employeur accorde au travailleur, chaque année de service, quatre semaines de vacances au moins (art. 329a al. 1 CO), pendant lesquelles il doit verser à son employé le salaire total y afférent (art. 329d al. 1 CO). On peut tirer de cette dernière disposition le principe selon lequel le travailleur ne doit pas être traité différemment du point de vue salarial lorsqu'il est en vacances que s'il travaillait (ATF 129 III 664 consid. 7.3, 493 consid. 3.). Ce principe vaut également pour le travailleur payé à la commission qui, pendant les vacances, doit nécessairement toucher un salaire qui lui permette de vivre comme s'il travaillait (Aubert, Le droit des vacances: quelques problèmes pratiques, in: Journée 1990 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1990, p. 111 ss, spéc. 120 s.; Streiff/von Kaenel, op. cit., art. 329d CO n. 3). Le salaire dû pour les vacances est calculé sur la base du salaire mensuel complet, y compris les indemnités permanentes, comme les allocations. Si le travailleur n'a pas pu bénéficier de ses vacances pendant la période de référence, le salaire afférent aux vacances après la période de référence doit tenir compte du montant du salaire annuel brut, c'est-à-dire y compris le treizième salaire et les commissions (cf. arrêt 4C.217/2003 du 29 janvier 2004 consid. 4.3).

Lorsque le salarié est payé en fonction du temps de travail, le salaire afférent aux vacances est calculé au prorata de ce temps. Si le salarié est payé exclusivement à la commission ou aux pièces, la détermination du critère servant de base au calcul du salaire afférent aux vacances est moins évidente. La loi ne prévoit rien. Deux approches sont envisageables. La première consiste à verser au salarié l'équivalent des commissions qu'il aurait effectivement perçues s'il avait travaillé (méthode de calcul individuelle). La seconde se fonde sur une période de référence. Elle prend comme critère le revenu effectivement réalisé durant une certaine période de travail et consiste à verser au salarié le pourcentage de ce revenu correspondant à une indemnité de vacances (méthode de calcul forfaitaire); les deux méthodes comportant des inconvénients et des risques d'erreur, il y a lieu

d'opter, avec la doctrine majoritaire, pour un certain schématisme reposant sur la vraisemblance et de calculer en principe le salaire afférent aux vacances des travailleurs payés à la commission ou aux pièces selon la méthode de calcul forfaitaire, soit en fonction de la moyenne des revenus réalisés durant les derniers mois de travail ou au cours d'une autre période appropriée. Ce n'est que si les circonstances de l'espèce laissent apparaître clairement que l'utilisation de la méthode forfaitaire ne permet pas d'établir un salaire afférent aux vacances correspondant à la réalité qu'il faut alors préférer la méthode individuelle (ATF 129 III 664 consid. 7.3 et les références citées).

5.2 Les particularités de la présente espèce commandent l'application de la méthode de calcul individuelle.

5.2.1 Comme le demandeur le soutient, il apparaît que les montants qui lui ont été alloués en cours d'engagement au titre de droit aux vacances se rapportent uniquement aux commissions, la défenderesse ayant appliqué le système consistant à multiplier 1/250ème par le montant des commissions versées au cours des douze derniers mois par jour d'absence, notamment pour cause de vacances.

Ainsi que le demandeur le relève à juste titre, la part variable qui lui a été versée en décembre 2001 pour 10,5 jours de vacances a été calculée sur la base d'un montant de 201 fr. 90 par jour ouvrable. Or, pour les raisons précédemment exposées (cf. consid. 4.4.2), ce montant doit être fixé à 258 fr. 25, d'où une différence de $(258 \text{ fr. } 25 - 201 \text{ fr. } 90 = 56 \text{ fr. } 35 \times 10,5 =) 591 \text{ fr. } 70$. La somme de 591 fr. 60 au versement de laquelle le demandeur prétend doit ainsi lui être allouée.

5.2.2 S'agissant pour le surplus du droit aux vacances relatif à la part fixe du salaire, elle est également due, dès lors qu'à l'issue des rapports de travail, le demandeur avait encore droit à 25,33 jours de vacances.

Pour les 17 jours restant dus au 31 décembre 2000, il convient de calculer le montant correspondant en se fondant sur la part fixe du salaire, qui s'élevait alors à 3'800 fr., treize fois l'an. Il en résulte un montant de $(3'800 \text{ fr. } \times 13/12 : 21,75 - \text{coefficient permettant de déterminer le salaire journalier pour une semaine de cinq jours, cf. arrêt 4C.99/1998 du 1er septembre 1998 consid. 6a/bbb - } \times 17 =) 3'217 \text{ fr. } 60$.

Pour les 8,33 jours de vacances pour les années 2001 et 2002, il sied de se référer à la moyenne des parts fixes du salaire perçu au cours des douze mois ayant en l'espèce précédé le début de l'incapacité de travail (cf. consid. 4.4.1), soit 3'800 fr. pour les onze premiers mois et 2'300 fr. pour le mois de janvier 2001, d'où un calcul de $([11 \times 3'800 \text{ fr. } + 2'300 \text{ fr. } = 44'100 \text{ fr. } ./ 12] \times 13/12 : 21,75 \times 8,33 =) 1'524 \text{ fr. } 80$.

5.3 Il découle de ce qui précède que la défenderesse doit être condamnée à verser au demandeur la somme de $(591 \text{ fr. } 60 + 3'217 \text{ fr. } 60 + 1'524 \text{ fr. } 80 =) 5'334 \text{ fr.}$, avec intérêt à 5% l'an dès le 28 février 2002, date de la fin des rapports de travail, comme réclamé par le demandeur.

6.

Enfin, le demandeur invoque l'art. 328 CO et conclut à ce que la défenderesse soit condamnée à lui verser la somme de 5'000 fr. à titre d'indemnité pour tort moral. En substance, il soutient avoir été victime d'une mise à l'écart systématique ayant débouché sur une dépression et porté atteinte à sa considération.

6.1 Selon l'art. 328 al. 1 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur. Le salarié victime d'une atteinte à sa personnalité contraire à cette disposition du fait de son employeur ou des auxiliaires de celui-ci peut prétendre à une indemnité pour tort moral aux conditions fixées par l'art. 49 al. 1 CO (art. 97 al. 1, 101 al. 1 et 99 al. 3 CO; cf. ATF 125 III 70 consid. 3a p. 74). Cette disposition prévoit que celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement (cf. ATF 125 III 70 consid. 3a p. 74 s.). Le travailleur doit notamment établir que le préjudice subi est dans un rapport de causalité adéquat avec l'acte fondant la responsabilité de la personne recherchée (cf. Favre/Munoz/Tobler, op. cit., art. 328 CO, n. 1.25).

6.2 En l'espèce, la cour cantonale a notamment relevé que les mesures probatoires n'avaient permis de retenir qu'une seule insulte adressée au demandeur, sans que l'on connaisse le contexte précis dans lequel elle avait été prononcée. Ils ont ajouté que cette insulte avait été proférée plusieurs mois avant l'arrêt de travail du demandeur, peut-être même avant le passage chez la défenderesse, puisqu'il pouvait être déduit des propos du témoin qui l'avait entendue qu'elle avait été proférée entre

mars et septembre 2000. Elle en a déduit qu'il n'était pas possible en conséquence de mettre cet événement en relation de causalité avec la dépression du demandeur. Elle a dès lors considéré que le demandeur n'était pas parvenu à établir l'existence d'un acte illicite prétendument commis par la défenderesse, respectivement le lien de causalité entre ledit acte et son état de santé. Elle a précisé que si la tension, voire l'agressivité, pouvait animer la relation entre le demandeur et B. _____, la majorité des témoins n'avait rien noté pour le surplus quant à l'attitude de ce dernier à l'égard du demandeur.

6.3 Le constat de la causalité naturelle est une question de fait (ATF 129 V 177 consid. 3.1) et ne peut donc en principe être critiqué que par la voie du recours de droit public (cf. ATF 128 III 174 consid. 2b p. 177, 180 consid. 2d p. 184). Il y a toutefois violation du droit fédéral si l'autorité cantonale méconnaît le concept même de la causalité naturelle (ATF 122 IV 17 consid. 2c/aa; 121 IV 207 consid. 2a p. 212). Dire s'il y a causalité adéquate est une question de droit, qui doit être examinée dans le cadre du recours en réforme lorsque celui-ci est ouvert (cf. ATF 123 III 110 consid. 2; 116 II 519 consid. 4a p. 524).

Il y a causalité naturelle lorsque le fait générateur de responsabilité est une condition sine qua non du résultat (ATF 128 III 174 consid. 2b p. 177, 180 consid. 2d p. 184). Autrement dit, la causalité naturelle est toujours donnée lorsque l'on ne peut faire abstraction de l'événement en question sans que le résultat ne tombe aussi (ATF 119 V 335 consid. 1 p. 337; 95 IV 139 consid. 2a). Il y a causalité adéquate lorsque le comportement incriminé était propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit (ATF 129 II 312 consid. 3.3 p. 318, V 177 consid. 3.2).

6.4 L'on ne voit pas dans la motivation donnée par la cour cantonale que celle-ci ait méconnu le concept de causalité naturelle ou nié à tort l'existence d'un lien de causalité adéquate. Force est ainsi de constater que toutes les critiques du demandeur concernant le refus de l'autorité cantonale d'admettre un lien de causalité tombent à faux. En effet, s'il entendait s'en prendre au constat de la causalité naturelle, celui-ci devait procéder par la voie du recours de droit public, ce qu'il n'a pas fait. Par ailleurs, le demandeur n'a nullement démontré en quoi la cour cantonale aurait méconnu le concept même de causalité naturelle ou raisonné de façon erronée en matière de causalité adéquate.

Dès lors que l'une des conditions cumulatives de l'octroi d'une indemnité pour tort moral fait défaut, la prétention du demandeur doit être rejetée, sans qu'il soit nécessaire d'examiner le mérite de ses autres griefs y relatifs, dont on peut au demeurant douter de la recevabilité, dans la mesure où ils reviennent à critiquer l'appréciation des preuves à laquelle la cour cantonale s'est livrée, ce qui n'est pas admissible dans le cadre du recours en réforme (cf. consid. 1.2).

7.

En définitive, le recours doit être partiellement admis s'agissant du solde de salaire en cas d'empêchement de travailler, d'une part, et afférent aux vacances, d'autre part, et l'arrêt attaqué réformé en ce sens que la défenderesse sera condamnée à verser au demandeur les sommes brutes de 31'574 fr. 50 avec intérêt à 5% l'an dès le 31 août 2001 et 5'334 fr. avec intérêt à 5% l'an dès le 28 février 2002. Il sera confirmé pour le surplus, sous réserve de la question des frais et dépens.

8.

Comme la valeur litigieuse, selon les prétentions du demandeur à l'ouverture de l'action (ATF 115 II 30 consid. 5b), dépasse 30'000 fr., la procédure n'est pas gratuite (art. 343 al. 2 et 3 CO).

Le demandeur obtient gain de cause sur la majeure partie de ses conclusions. Il y a donc lieu de répartir les frais à raison d'un cinquième à la charge de celui-ci et de quatre cinquièmes à la charge de la défenderesse (art. 156 al. 3 OJ). Les dépens alloués au demandeur seront réduits dans la même proportion (art. 159 al. 3 OJ).

Enfin, il convient de renvoyer le dossier à la cour cantonale pour qu'elle statue à nouveau sur les frais et dépens de la procédure accomplie devant elle (art. 157 et 159 al. 6 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours est partiellement admis.

2.

L'arrêt entrepris est réformé en ce sens que la défenderesse est condamnée à verser au demandeur les sommes brutes de 31'574 fr. 50 avec intérêt à 5% l'an dès le 31 août 2001 et de 5'334 fr. avec intérêt à 5% l'an dès le 28 février 2002. Il est confirmé pour le surplus.

3.

Un émolument judiciaire de 2'000 fr. est mis à raison de 400 fr. à charge du demandeur et de 1'600 fr.

à charge de la défenderesse.

4.

La défenderesse versera une indemnité de 1'500 fr. au demandeur à titre de dépens réduits.

5.

La cause est renvoyée à la cour cantonale pour nouvelle décision sur les frais et dépens de la procédure cantonale.

6.

Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des parties et à la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève.

Lausanne, le 7 septembre 2004

Au nom de la Ire Cour civile

du Tribunal fédéral suisse

Le président: La greffière: