

# GE\_GERICHTE C/12716/2003 vom 12. Januar 2006

GE Cour de justice, 2006-01-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_C\\_12716\\_2003](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_12716_2003)

FR: GE\_GERICHTE C/12716/2003 du 12 janvier 2006

IT: GE\_GERICHTE C/12716/2003 del 12 gennaio 2006

## Regeste

; CONTRAT INDIVIDUEL DE TRAVAIL ; MÉDECIN ; COMPÉTENCE RATIONE MATERIAE ; RAPPORT DE SUBORDINATION ; TRAVAIL SUR APPEL ; VACANCES ; FIDÉLITÉ ; JUSTE MOTIF; RÉSILIATION IMMÉDIATE; INDEMNITÉ(EN GÉNÉRAL) | T, médecin pour une centrale d'urgence, est rémunéré sur la base des honoraires encaissés, et doit être atteignable pendant les périodes de garde. Il est également directeur médical adjoint pour E. Il s'agit d'un contrat de travail, le rapport de subordination découlant de la terminologie utilisée par les parties dans le contrat, l'existence de fiche et d'attestation de salaire de l'employeur, et des termes "licenciement immédiat" utilisés pour mettre fin aux rapports des parties. Le fait qu'un premier arrêt de la Cour d'appel des prud'hommes ait nié l'existence d'un contrat de travail en 1996 entre E et les médecins est irrelevant, les directives et documents utilisés aujourd'hui apportant d'autres éléments qu'à l'époque. Les médecins pouvaient en théorie définir leurs horaires, mais en pratique, E imposait certaines périodes de garde, des heures supplémentaires, de même que des règles en matière d'annonce de vacances et certainement, de l'avis de la Cour, de leur longueur. E mettait de plus à disposition de T un véhicule médical, imposait certaines procédures administratives, ainsi que la présence de T à des colloques, de même que des règles de discipline et de rendement. Aucune des conditions jurisprudentielles de l'inclusion des vacances au salaire n'est remplie en l'espèce. Le fait que T mette en place une activité de médecin indépendant à côté de son activité chez E et utilise un véhicule mentionnant son adresse privée, alors que E admettait généralement que les médecins aient une activité privée à côté de celle chez E, n'est pas une violation de son obligation de fidélité justifiant un licenciement avec effet immédiat. T a droit à une indemnité pour licenciement immédiat injustifié équivalant à deux mois de salaire. | LJP.1.al1; CO.319.al1; CO.18; CO.329a.al1; CO.329d.al2; CO.337; CO.337c.al1; CO.337c.al3

## Erwägungen

### E. 1

Interjetés dans les formes et délais prévus aux art. 59 et 62 de la loi sur la juridiction des prud'hommes (LJP), les appels, tant principal qu'incident, sont recevables.

### E. 2.1

E\_\_\_\_\_ conteste tout d'abord la compétence ratione materiae de la juridiction des prud'hommes pour connaître du litige l'opposant à T\_\_\_\_\_. En substance, l'appelante fait grief aux premiers juges, d'une part, d'avoir fait abstraction d'un arrêt rendu par la Cour de céans (alors dénommée Chambre d'appel) le 26 juin 1996 (CAPH VIII/785/95) - décision qui avait déjà dénié la compétence des juridictions prud'homales dans le cadre d'un litige opposant un médecin à E\_\_\_\_\_ -, alors que « les circonstances de fait entre cette cause-là et la présente procédure étaient quasiment superposables », et, d'autre part,

d'avoir omis de prendre en considération les éléments de faits déterminants, notamment sous l'angle de la condition de la subordination (en particulier : le libre choix par le médecin de son horaire sur la base d'une grille approuvée de manière auto-gérée lors d'une assemblée des collaborateurs ; la liberté pour chaque médecin de définir « la quantité de temps » qu'il désire consacrer à E\_\_\_\_\_ ; l'absence de limitation de la durée des vacances, la seule contrainte consistant à en avertir la société trois mois à l'avance afin de garantir le suivi de la permanence d'urgence ; la mise à disposition des médecins, sous leur responsabilité, de véhicules équipés, de matériel médical et des médicaments propriétés de E\_\_\_\_\_ ; l'établissement pour toute consultation faite durant la période de garde d'une facture établie par E\_\_\_\_\_ au nom du médecin ayant effectué la prestation ; la rémunération résultant directement des consultations et correspondant à un pourcentage des actes médicaux effectués, déduction faite de la part relative aux cotisations sociales ; l'absence d'instruction donnée aux médecins sur la manière d'exercer leur art au chevet du patient, seule une référence au respect de l'art médical et aux principes de déontologie régissant la profession figurant dans le « règlement » de la société ; l'établissement par les médecins d'une lettre à l'attention des médecins traitants ou, à défaut, d'un rapport sommaire, remis ensuite à E\_\_\_\_\_ ; les assurances maladies, pertes de gain, responsabilité civile et accident-complémentaire laissées à la charge du médecin).

## **E. 2.2**

Pour sa part, l'intimé affirme avoir bien été lié par un contrat de travail à E\_\_\_\_\_. Contrairement à ce que soutenait sa partie adverse, la situation avait évolué depuis l'arrêt rendu le 26 juin 1996 par la Cour d'appel des prud'hommes, en ce sens qu'il existait deux « différences fondamentales » entre la situation de l'époque et celle relative à la présente cause : le quotidien du médecin employé par la société avait « radicalement changé », avec la « prolifération » des contrôles, directives et autres injonctions de rendements financiers provenant de E\_\_\_\_\_ qui avaient encore plus entamé l'autonomie dont jouissaient prétendument les médecins en 1996 ; par ailleurs, l'existence d'un contrat écrit dans la présente cause, avait permis au Tribunal, « mieux qu'en 1996 », d'établir à satisfaction les faits pertinents pour juger de la nature des rapports liant les parties, notamment le lien de subordination.

## **E. 2.3**

L'art. 1er al. 1 lit. a de la loi sur la juridiction des prud'hommes (LJP) prévoit que sont jugées par ladite juridiction les contestations entre employeurs et salariés pour tout ce qui concerne leurs rapports découlant d'un contrat de travail, au sens du titre dixième du Code des obligations (ci-après CO). Par le contrat de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (art. 319 al. 1 CO). Les quatre éléments constitutifs du contrat de travail sont donc les suivants (cf. SJ 1990, p. 185 ; SJ 1982, p. 202 ; Wyler, Droit du travail, 2002, p. 41 ss ; Aubert, in Code des obligations I, Commentaire romand, 2003, p. 1674 ; Engel, Contrats de droit suisse, 2ème édition, p. 292 ; Rehbinder, Berner Kommentar, p. 46 ; Schweingruber, Commentaire du contrat de travail selon le code fédéral des obligations, p. 20) : - une prestation personnelle de travail ; - la mise à disposition par le travailleur de son temps pour une durée déterminée ou indéterminée ; - un rapport de subordination ; - un salaire. La prestation personnelle de travail consiste en une activité comprenant une prestation positive (active ou passive), de nature physique ou intellectuelle. Le critère de l'activité distingue le contrat de travail du

contrat d'entreprise en ce sens que, contrairement à ce qui prévaut dans le cadre de ce dernier, le premier n'implique nullement la promesse d'un résultat (Aubert, op. cit., p. 1674 ; Wyler, op. cit., p. 41 ; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, 3ème éd., n. 2 ad art. 319 CO ; Rehbinder, op. cit., p. 28). Le rapport de subordination revêt une importance primordiale dans la qualification du contrat de travail. Il présuppose que le travailleur est soumis à l'autorité de l'employeur pour l'exécution du contrat, et cela au triple point de vue personnel, fonctionnel et économique. La dépendance personnelle réside en ceci que le travailleur s'engage à développer une activité dont la nature, l'importance, les modalités et l'exécution ne sont souvent déterminées que de manière très générale dans le contrat de travail et doivent être précisées et concrétisées par le biais d'informations et d'instructions particulières, données au fil du temps par l'employeur. Le travailleur s'engage ainsi à respecter les instructions et avis de l'employeur, et à se soumettre aux mesures de supervision que celui-ci ordonne. La notion de rapport fonctionnel implique le fait que le travailleur est incorporé dans l'entreprise de l'employeur et se voit attribuer une position déterminée au sein de son organisation. La dépendance économique réside, quant à elle, en ceci que le salaire permet au travailleur d'assurer sa subsistance (SJ 1990, p. 185 ; Staehelin, Zürcher Kommentar, n. 27 à 30 ad art. 319 CO ; Aubert, in Code des obligations I, Commentaire romand, 2003, §§ 6 à 13 ad art. 319 CO, p. 1674s. ; Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 1988, p. 30, ch. 2). L'existence du rapport de dépendance et de subordination doit être appréciée à la lumière de faits matériels et de critères formels. Les premiers sont notamment l'intensité du devoir d'obéissance, l'obligation de respecter des horaires prédéfinis, l'éventuelle autorisation d'accomplir sa prestation en un lieu donné, sans que celui-ci ne soit imposé par la nature de la prestation, l'accomplissement de tâches en collaboration avec d'autres employés et l'accomplissement d'une activité subordonnée qui, par nature, implique une occupation dépendante. Les indices formels sont notamment la qualification du contrat de travail individuel, le mode de rémunération appliqué et le fait d'avoir procédé aux déductions légales usuelles, tant sociales que fiscales (Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, n. 47, p. 40). Le critère de la subordination doit cependant être relativisé pour les employés de professions typiquement libérales ou pour les cadres dirigeants. En effet, dans ces situations, l'activité fournie par le travailleur s'exerce plus librement. Seule demeure en l'occurrence une subordination purement organisationnelle du travailleur aux directives de l'employeur (CAPH du 11 septembre 1996 en la cause X/1326/95 ; Rehbinder, Berner Kommentar, n. 42 ad art. 319 CO, p. 47). Un indice en faveur de l'existence d'un contrat de travail peut également être trouvé dans le fait que le créancier déduit les cotisations sociales de la rémunération due au travailleur et les ajoute à ses propres prestations patronales versées aux assurances sociales (ATF du 6 mars 2000 en la cause 4C.331/1999). De même, les clauses prévoyant un délai de congé, des vacances, un salaire en cas de maladie ou une interdiction de concurrence sont considérées comme typiques du contrat de travail (Aubert, op. cit., § 19 ad art. 319 CO, p. 1676 ; cf. ég. Wyler, op. cit., p. 43 et suivantes). Pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, le juge doit rechercher, dans un premier temps, la réelle et commune intention des parties (art. 18 al. 1er CO), le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices; cette recherche débouchera sur une constatation de fait. S'il ne parvient pas à établir avec sûreté cette volonté effective, ou s'il constate que l'un des contractants n'a pas compris la volonté réelle exprimée par l'autre, il recherchera le sens que les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques ; il résoudra ainsi une question de

droit (application du principe de la confiance ; ATF 125 III 435 , consid. 2a ; ATF 122 III 118 , consid. 2a ; ATF 118 II 342 , consid. 1a ; ATF 112 II 245 , consid. II/1c).

#### **E. 2.4.1**

En l'espèce, et contrairement au litige dont avait eu à connaître la Cour de céans en 1996, les rapports contractuels ayant lié les parties ont fait l'objet de contrats écrits (dénommés « contrat d'engagement ») auxquels étaient annexé un règlement précis et détaillé, dont l'art. premier était intitulé « Les contrat de travail ». Ces contrats prévoyaient que la rémunération de T\_\_\_\_\_ s'élevait aux 42,25 % des honoraires encaissés, « à la manière d'un mandat ». Il n'est pas contesté que T\_\_\_\_\_ a fourni à E\_\_\_\_\_ une prestation de travail ayant consisté, d'une part, à se rendre, durant ses horaires de garde, aux domiciles de patients appelant en urgence la centrale téléphonique de la société, et, d'autre part, à assumer diverses tâches de gestion depuis les locaux de ladite société en sa qualité de directeur médical adjoint. Les parties avaient convenu de se lier pour une durée indéterminée durant laquelle l'intimé devait se tenir à disposition de E\_\_\_\_\_ durant les heures fixées en début d'année. Enfin, le contrat conclu par les parties prévoyait une rémunération de T\_\_\_\_\_ consistant, d'une part, en un pourcentage des honoraires encaissés, lorsqu'il opérait comme médecin de garde et, d'autre part, en des montants fixes journaliers lorsqu'il oeuvrait en qualité de directeur médical adjoint. Dès lors, les trois premiers éléments caractéristiques d'un contrat de travail, à savoir une prestation personnelle de travail, la mise à disposition par le travailleur de son temps pour une durée déterminée ou indéterminée ainsi qu'un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni étaient réalisés dans le cas d'espèce, ce qu'au demeurant, l'appelante ne conteste pas.

#### **E. 2.4.2**

En revanche, E\_\_\_\_\_ soutient que le quatrième élément constitutif d'un contrat de travail, à savoir le rapport de subordination entre les parties, faisait, en l'occurrence, défaut. Il apparaît que le « règlement » ayant lié les parties utilise essentiellement une terminologie propre au contrat de travail, puisqu'il y était question, notamment, des différents types de contrats de travail (art. 1.1), de démission ou de congé pour justes motifs, avec un préavis de trois mois - préavis pouvant être écourté pour des motifs exceptionnels ou en cas de faute grave (art. 1.7) -, d'horaires (art. 2), de vacances (art. 2.5) et de salaires (art. 4.2). En outre, T\_\_\_\_\_ a reçu chaque mois, à tout le moins jusqu'en 2002, une fiche de « salaire », mentionnant le montant brut de celui-ci, les déductions sociales et enfin un salaire net. De surcroît, chaque fin d'année, E\_\_\_\_\_ a établi une « attestation de salaire » à l'attention du fisc, mentionnant le total du salaire brut, des déductions sociales opérées et du salaire net effectivement versé. C'est également en recourant à une terminologie relevant du contrat de travail que l'appelante, par courrier du 29 janvier 2003, a signifié à T\_\_\_\_\_ son licenciement avec effet immédiat pour « justes motifs », lui reprochant de graves manquements à son égard. Il en est allé de même, lorsque E\_\_\_\_\_ s'est adressée à l'assurance chômage : elle a rempli une attestation de l'employeur, dans laquelle elle a indiqué expressément être liée à T\_\_\_\_\_ par un rapport de travail dans le cadre d'un emploi à plein temps avec un horaire de 40 heures par semaine et avoir licencié son employé dans le délai légal de congé et pour justes motifs. Même s'il n'y a pas lieu de s'arrêter aux termes éventuellement erronés utilisés par les parties, mais de rechercher leur réelle et commune intention, il résulte de ce qui précède des indices sérieux, même s'ils ne sont pas décisifs, permettant de considérer que l'appelante s'estimait liée à l'intimé par un contrat de travail, ceci d'autant plus que E\_\_\_\_\_ supportait également une partie des

charges sociales de T\_\_\_\_\_. Il est vrai qu'il résulte du « règlement » de E\_\_\_\_\_ et des témoignages recueillis que les médecins visitant les patients ayant fait appel à la société pouvaient choisir leurs horaires de travail, par ordre d'ancienneté, dans une grille-horaire approuvée lors de l'assemblée des collaborateurs de la société (art. 2.1). Toutefois, il apparaît qu'en dernier ressort, c'est la direction médicale qui définissait précisément les horaires annuels des médecins (art. 1.4 du « règlement »), chaque médecin s'engageant, par ailleurs, à effectuer l'horaire préétabli (art. 1.5 du « règlement »). Il est également vrai que chaque médecin pouvait, en principe, définir librement la durée du temps qu'il désirait consacrer à E\_\_\_\_\_ et que les vacances qu'il souhaitait prendre n'étaient pas limitées dans le temps. Par ailleurs, le médecin ayant un empêchement, avait la possibilité de se faire remplacer par un collègue (art. 1.5 du « règlement »). Cependant, à teneur de l'art. 2.3 de ce même « règlement », les médecins qui, comme T\_\_\_\_\_, avaient une activité prédominante auprès de E\_\_\_\_\_, étaient soumis, en pratique, à des horaires de jour et de soirée imposés durant la semaine et devaient œuvrer au moins une nuit et une soirée de week-end chaque mois. En outre, selon cette même disposition du « règlement », chaque médecin devait assurer des horaires « d'astreinte » et, au minimum, onze nuits par an. Les témoins entendus sur ce point ont indiqué que la direction de E\_\_\_\_\_ leur imposait des horaires et qu'ils avaient l'obligation de travailler un certain nombre de nuit, les horaires étant établis pour l'année entière. A cet égard l'art. 1.9 du « règlement » de l'appelante permettait à la direction médicale d'adopter les sanctions pouvant aller jusqu'à l'exclusion des médecins ne respectant pas l'horaire préétabli. Les enquêtes ont confirmé qu'il était très difficile, en pratique, de refuser d'effectuer des heures supplémentaires et qu'il y avait eu à ce propos des pressions allant jusqu'à la menace de la suppression du véhicule de service, voire de poste même. Dans ces conditions, il apparaît que T\_\_\_\_\_, a fortiori s'il devait assumer sa fonction au sein de direction médicale de la société, n'avait pas la liberté, telle celle existant dans le cadre d'un contrat de mandat, d'organiser à tout moment son emploi du temps comme bon lui semblait. A cet égard, la situation des témoins J\_\_\_\_\_ et K\_\_\_\_\_, le premier n'effectuant des gardes que trois nuits et un week-end par mois et le second qu'une nuit par hebdomadairement trois semaines par mois, n'est en rien comparable à celle de l'intimé. Au demeurant, les déclarations du témoin J\_\_\_\_\_ au sujet des conséquences d'un refus d'accepter une grille-horaire ou d'accomplir des gardes au mois de décembre, à savoir qu'on lui aurait alors demandé de quitter la société, montre qu'en réalité cette liberté de choix était pour le moins limitée. S'agissant de l'intimé, la liberté dans l'organisation de son travail était d'autant plus restreinte qu'en tant que directeur médical adjoint, il était obligé d'être présent dans les locaux de E\_\_\_\_\_ durant les heures de bureau. De même, les vacances que chaque médecin souhaitait prendre devaient être annoncées 90 jours à l'avance et obtenir l'aval de la direction médicale quant à la période choisie. Par ailleurs, les médecins avaient uniquement la possibilité de choisir l'une des deux semaines de vacances scolaires d'automne ou de février et, pratiquement, ne pouvaient pas prendre leurs vacances à Noël et à Pâques. S'agissant de la durée « des vacances » que pouvait prendre l'intimé, ce dernier, en sa qualité de membre de la direction médicale de E\_\_\_\_\_, n'avait certainement pas non plus la liberté de s'absenter, contrairement au mandataire ou à celui qui exerce une profession libérale, aussi longtemps et fréquemment qu'il le souhaitait, ce que du reste l'appelante ne soutient pas. La mise à disposition de ses médecins, par l'appelante, d'un véhicule équipé pour l'urgence sous leur responsabilité constituerait plutôt un élément en faveur de l'existence d'un contrat de travail liant les parties, dans la mesure où, à teneur de l'art. 327 al. 1 CO, l'employeur a

l'obligation de fournir au travailleur qu'il emploie les instruments de travail qui lui sont nécessaires à l'accomplissement de sa tâche, alors que tel n'est pas le cas du mandataire. S'il ne ressort pas du dossier que T\_\_\_\_\_ recevait des directives sur la manière dont il devait exercer son art au chevet des patients qu'il visitait, l'art. 1.9 du « règlement » de l'appelante prévoyait le prononcé de sanctions par sa direction médicale pour le non-respect fondamental de l'éthique et de la déontologie médicale, la transgression des règles de la convention de la société et des éventuelles fautes graves avérées commises même en dehors de la société. En outre, il résulte du « livre bleu », remis à chaque médecin lors de son entrée au service de l'appelante, l'obligation de respecter toute une série de règles relatives à l'attribution et à la désignation des consultations, chacun devant, en cas de différend, se conformer à sa hiérarchie - les cas litigieux étant discutés par les directeurs médicaux, voire transmis au conseil d'administration de la société qui pouvait agir par des sanctions susceptibles d'aboutir, le cas échéant, à un renvoi pour justes motifs -, à la façon dont les consultations devaient se dérouler dans les hôtels, aux tarifs pratiqués, notamment pour les clients de passage, ainsi qu'à l'attitude à adopter lors des consultations. Il s'agit-là d'un ensemble d'obligations d'ordre professionnel - imposées aux médecins par l'appelante - indépendantes de la surveillance des autorités administratives dont ceux-ci font l'objet dans l'exercice de leur profession. Par ailleurs, les médecins de l'appelante étaient soumis à de nombreuses contraintes dans l'organisation de leur travail administratif, tels, notamment, l'envoi de lettres aux médecins traitants ou l'établissement de rapports internes mentionnant ainsi, au minimum, le diagnostic et les éléments pertinents de l'examen clinique, ainsi que l'établissement de fiches de consultation, qui devaient être remises à la fin de chaque vacation à la centrale accompagnées de la cassette contenant les rapports médicaux dictés et les indications nécessaires à leur facturation (art. 5.1 et 5.3 du « règlement »). En outre, la participation des médecins aux colloques mensuels était obligatoire (art. 7.4 du « règlement »), de même que, semble-t-il, aux séances d'évaluation mises sur pied par l'appelante et auquel a dû se soumettre, à une reprise au moins, T\_\_\_\_\_. Il résulte également du dossier que le médecin de garde ne pouvait pas opérer de choix quant aux consultations requises par la centrale de l'appelante, même s'il s'agissait d'un cas relevant d'une spécialité pour laquelle il n'était pas formé (art. 5.1 du « règlement »). Enfin, il ressort clairement tant de la circulaire du 5 septembre 2002, adressée par C\_\_\_\_\_ aux membres du comité de direction de E\_\_\_\_\_ que du procès-verbal de la « réunion de régulation » du 2 octobre 2002 que les médecins étaient soumis à des impératifs de rendement ( cf. « Le nouvel horaire proposé par le syndicat des médecins et accepté par C\_\_\_\_\_, et (est) entré en vigueur le 1 er octobre 2002. Cet horaires représente une augmentation de 18% des plages horaires, et s'il n'y a pas d'augmentation du nombre de consultations, il en résultera une diminution équivalente des revenus pour les médecins. (...) La direction était en train de mettre sur pied un outil de contrôle de la bonne marche du travail, sous la forme d'un « carnet de route » ? » livre des incidents » ? « forum » ? sous la responsabilité du médecin chef du jour ; « Depuis l'abandon de Tarmed ce printemps, les perspectives financières de E\_\_\_ ne sont plus bonnes. (...) il faut obligatoirement augmenter le nombre de consultations » et de discipline dépendant de la direction de la société (cf. « la hiérarchie de l'entreprise doit être totalement respectée à l'avenir : le personnel de la centrale dépend de G\_\_\_\_\_ et des médecins de la direction médicale. Le lien entre ses deux structures se fait exclusivement par moi ».) Les enquêtes ont du reste confirmé l'existence de cette dépendance des médecins à l'égard de la direction médicale de l'appelante. Ainsi, les rapports des médecins de l'appelante avec la clientèle, y compris le

contentieux, ainsi que l'établissement de factures sur le papier en-tête de E \_\_\_\_\_, de même que les injonctions de rendement économique exigé des praticiens amènent à la conclusion, avec l'ensemble des éléments sus-indiqués, qu'il existait entre les parties un rapport de subordination plaçant T \_\_\_\_\_ dans la dépendance de E \_\_\_\_\_ sous l'angle personnel, organisationnel et temporel. Dès lors, c'est à juste titre que les premiers juges ont admis l'existence d'un contrat de travail et se sont déclarés compétents à raison de la matière pour connaître du litige opposant les parties. Le recours principal sera ainsi rejeté sur ce point.

### **E. 3.1**

L'appel de E \_\_\_\_\_ porte sur sa condamnation à verser à son ex-employé la somme de fr. 63'600.70 à titre de vacances non prises en nature. A cet égard, l'appelante fait grief aux premiers juges d'avoir fait abstraction de la volonté réelle des parties et de l'économie des contrats qu'elles ont conclus. Selon elle, il tombe « sous le sens », à la lecture du « règlement » et de la volonté réelle des parties à ce sujet, que la rémunération versée incluait nécessairement le paiement des vacances, choisies librement par les médecins, notamment quant à leur durée.

### **E. 3.2**

Pour sa part, T \_\_\_\_\_, fait entièrement sienne l'argumentation des premiers juges qui ont considéré que les conditions jurisprudentielles de l'inclusion de la rémunération des vacances dans son salaire n'étaient pas réunies dans le cas d'espèce.

### **E. 3.3**

A teneur de l'art. 329a al. 1 CO, l'employeur accorde au travailleur, chaque année de service, quatre semaines de vacances au moins. Selon l'art. 329d CO, l'employeur verse au travailleur le salaire total afférant aux vacances (al. 1) ; tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages (al. 2). Ce n'est que dans certaines circonstances exceptionnelles qu'est admise l'inclusion de l'indemnité de vacances dans le salaire total, pour autant que les trois conditions cumulatives suivantes soit réunies : - le contrat de travail mentionne clairement le système adopté, à savoir que la part du salaire afférant aux vacances sera versée en sus du salaire pour les périodes effectivement travaillées ; - les décomptes de salaire mentionnent très clairement, de manière à différencier, la part du salaire global destiné à indemniser les vacances. Il s'agit-là d'une exigence absolue, la prétention du travailleur à cet égard pouvant toutefois être rejetée si l'employeur parvient à démontrer que l'employé connaissait ou devait connaître le supplément, en chiffre ou en pour cent, servant la rémunération des vacances, par exemple dans le cadre d'un contrat oral, cette exception ne devant être admise que de manière très restrictive, le tout devant profiter au travailleur ; - les circonstances exceptionnelles le justifient, tel que le travail très irrégulier d'un employé à temps partiel et du travail intérimaire (ATF du 6.8.1992, SJ 1993 p. 355 ; ATF 116 II 515 : JT 1991 I 313 ; ATF du 17.02.2000, SARB 4/00 n° 157 p. 1009). C'est à l'employeur, débiteur des vacances qu'il appartient de prouver que le travailleur a bénéficié des vacances auxquelles il avait le droit en fonction de la durée des rapports de travail (ATF 4 C. 230/299 du 15.09.1999 c. 4 ; Aubert, in code des obligations 1, Commentaire romand, 2003 paragraphe 7 ad art.329 a CO, p. 1736).

### **E. 3.4**

En l'occurrence, force est de constater qu'aucune des trois conditions susmentionnées, permettant l'inclusion de l'indemnité afférente aux vacances dans le salaire de T\_\_\_\_\_, n'est remplie, ce que E\_\_\_\_\_ ne soutient pas. En particulier, il n'est pas contesté que si T\_\_\_\_\_ désirait prendre des vacances, il ne percevait aucune rémunération à ce titre, ce qui est contraire à l'art. 329d al. 2 CO. C'est donc à juste titre que le Tribunal des prud'hommes a retenu que T\_\_\_\_\_ avait droit à une indemnité afférente aux vacances. L'appelante principale ne remettant pas en cause le montant alloué à ce titre par les premiers juges à son ex-employé, soit fr. 69'825.60, ni la méthode utilisée pour aboutir à ce chiffre - dont le calcul a, au demeurant, été correctement effectué -, le jugement entrepris sera également confirmé sur ce point.

#### **E. 4**

Il convient maintenant d'examiner si, comme le Tribunal des prud'hommes l'a retenu, c'est de manière injustifiée que E\_\_\_\_\_ a résilié immédiatement le contrat de travail de T\_\_\_\_\_.

##### **E. 4.1**

. L'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (art. 337 al. 1 CO). Sont notamment considérés comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (art. 337 al. 2 CO). Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive (ATF 130 III 28, consid. 4.1 ; ATF 127 III 351, consid. 4 ; Wyler, Droit du travail, 2002, pp. 363 s. ; Aubert, in Code des obligations I, Commentaire romand, 2003, § 3 ad art. 337 CO, p. 1781 ; Brunner/Bühler/Waeber/Brucchez, Commentaire du contrat de travail, 3ème éd., n. 1 ad art. 337c CO ; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5ème éd., n. 3 ad art. 337 CO et les références citées). Selon la jurisprudence, les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat ; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété en dépit d'un ou de plusieurs avertissements (ATF 130 III 28, consid. 4.1 ; ATF 127 III 153, consid. 1 ; ATF 124 III 25, consid. 3). Par manquement du travailleur, on entend la violation d'une obligation découlant du contrat de travail, comme par exemple le devoir de fidélité (ATF 127 III 351 ; ATF 121 III 467, consid. 4 et les références citées). Aux termes de l'art. 336c al. 1 et 2 CO, l'employeur ne peut pas mettre fin au contrat pendant certaines périodes de protection énumérées par ladite disposition, sous peine de nullité de la résiliation. Cependant, le licenciement avec effet immédiat, même injustifié, met fin en fait et en droit au contrat et cela également durant une période de protection au sens de l'art. 336c CO. Contrairement à ce que prévoit l'art. 336c al. 2 CO, un tel congé n'est pas nul mais sa sanction est assurée par le biais de l'art. 337c CO. Le travailleur a droit à une indemnité qui se calcule en fonction du moment auquel le contrat aurait normalement pu être dissous après la période de protection. Si le licenciement est injustifié, on inclut donc dans l'indemnité due selon l'art. 337c al. 1 CO non seulement le salaire que le travailleur aurait gagné durant le délai de congé, mais aussi celui que l'employeur aurait versé pendant la période de protection de l'art. 336c CO (CAPH du 8 mars 1996 en la cause II/877/93 ; Humbert, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, pp. 129 ss et p. 156 ; Streiff/von Kaenel, op. cit., n. 2 ad art. 336c CO et n. 4 ad art. 337 CO ; Weber, La protection des

travailleurs contre les licenciements en temps inopportun, thèse, Lausanne 1992, pp. 57 et 59 ; note d'Aubert in SJ 1989, p. 682). Il appartient à la partie qui se prévaut de justes motifs de résiliation immédiate d'en établir l'existence (art. 8 CC). Le juge apprécie librement s'il existe des justes motifs (art. 337 al. 3 CO). Il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). A cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et la responsabilité du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des manquements (ATF 130 III 28, consid. 4.1 ; ATF 127 III 351 ; ATF 116 II 145, consid. 6 ; Wyler, op. cit., pp. 363 s. ; Aubert, in Code des obligations I, Commentaire romand, 2003, § 2 ad art. 337 CO, p. 1781).

#### **E. 4.2**

L'appelante fait grief aux premiers juges de n'avoir pas retenu comme une violation de l'obligation de fidélité, que doit tout travailleur à son employeur, le fait que T\_\_\_\_\_ avait, avec son collègue Didier O\_\_\_\_\_, mis en place une entreprise directement concurrente à celle de E\_\_\_\_\_, avec la circonstance aggravante que l'intimé occupait une position de cadre au sein de la société. Pour sa part, l'intimé soutient que c'est à bon droit que le Tribunal des prud'hommes a considéré que le simple fait d'inscrire, comme il l'avait fait, ses coordonnées professionnelles sur un véhicule privé, alors que E\_\_\_\_\_ accepte de ses collaborateurs qu'ils effectuent des consultations privées en dehors de leurs heures de service, ne constituait pas un acte de concurrence susceptible de fonder un licenciement immédiat au sens de l'art. 337 CO.

#### **E. 4.3**

Ce dernier point de vue ne peut qu'être approuvé. En effet, il n'est pas contesté que l'intimé a fait figurer sur son véhicule privé, en caractères de 10 cm de hauteur environ, le mot « médecin », suivi de son numéro de téléphone et des inscriptions « au cabinet » et « au domicile », le tout accompagné du drapeau et du nom de la commune de \_\_\_\_\_ (cf. PV de CP du 29 juin 2005, p. 3). Il résulte de la procédure que les collaborateurs de E\_\_\_\_\_ étaient autorisés à effectuer des consultations à titre privé - pour autant que cela ne perturbe pas leurs engagements vis-à-vis de la société ou leur planning horaire préétabli (art. 1.8 du « règlement » de l'appelante), en utilisant, cas échéant, les véhicules et le matériel de E\_\_\_\_\_ (témoignage de D\_\_\_\_\_), à ouvrir un cabinet privé ou encore à continuer à s'occuper des patients, que ce soit en urgence ou pas, connus dans le cadre de leur activité pour le compte de l'appelante (témoignage de J\_\_\_\_\_). Dans ces conditions, les inscriptions apposées sur le véhicule privé de T\_\_\_\_\_, voire l'annonce aux autorités sanitaires du canton qu'il effectuait des consultations à domicile, ne constituaient pas des éléments suffisants pour accuser celui-ci d'avoir « mis en place un système de consultations à domicile avec un véhicule équipé pour l'urgence sans en informer » son employeur et exiger la suppression de ces inscriptions sur le véhicule. A cet égard, la « rumeur persistante » accusant T\_\_\_\_\_ d'exercer « une activité privée médicale concurrente » à celle de E\_\_\_\_\_ dont s'est prévalu l'administrateur de l'appelante, dans le courrier qu'il a adressé le 22 janvier 2003 à l'intimé, n'était pas, à elle seule, suffisante, pour justifier les exigences imposées à l'intéressé, puis son licenciement immédiat ; cette « rumeur » devait d'être confirmée par des éléments probants, ou, à tout le moins, vraisemblables. Or, tel n'a pas été le cas, la procédure n'ayant pas établi le bien-fondé des accusations de l'appelante à l'égard de son ex-employé, de sorte que le refus de ce dernier de présenter à C\_\_\_\_\_ son véhicule exempt de toute inscription n'était

pas susceptible de motiver un congé immédiat au sens de l'art. 337 CO. Le licenciement sur-le-champ de T\_\_\_\_\_ était, dès lors, injustifié.

## **E. 5**

C'est ainsi à juste titre que le Tribunal a condamné E\_\_\_\_\_ à payer à T\_\_\_\_\_, sur la base de l'art. 337c al. 1 CO, ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé figurant à l'art. 1.7 du « règlement » de l'appelante, soit, en l'occurrence, la somme brut de fr. 50'494.55, correspondant à trois mois de salaire, somme que l'appelante ne remet, au demeurant, pas en cause.

### **E. 6.1**

Dans son appel incident, T\_\_\_\_\_ reproche au Tribunal des prud'hommes de ne lui avoir octroyé qu'une indemnité pour licenciement immédiat injustifié correspondant à deux mois de salaire (fr.31'074.55), alors que la faute grave commise à son encontre par E\_\_\_\_\_ et l'absence de toute faute de sa part justifiait que lui soit allouée à ce titre l'indemnité maximale prévue par la loi, soit six mois de salaire (fr. 93'223.60). A l'appui de leur décision sur ce point, les premiers juges ont pris en considération la durée des rapports de service ayant lié les parties ainsi que la faute légère de T\_\_\_\_\_, qui s'était borné à refuser d'enlever les marques distinctives sur son véhicule privé.

### **E. 6.2**

Selon l'art. 337c al. 3 CO, en cas de licenciement immédiat injustifié, le juge peut condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité, et qui ne peut dépasser le montant correspondant à 6 mois de salaire du travailleur, dont il fixera librement le montant, compte tenu de toutes les circonstances, parmi lesquelles figurent notamment la situation sociale et économique des deux parties, la gravité de l'atteinte à la personnalité de la partie congédiée, l'intensité et la durée des relations de travail antérieures au congé, la manière dont celui-ci a été donné, ainsi que la faute concomitante du travailleur ; aucun de ces facteurs n'est décisif en lui-même (ATF 123 III 391 consid. 3b/bb; 121 III 64 consid. 3c; 120 II 243 consid. 3e p. 248; 119 II 157 consid. 2b p. 161). L'indemnité, qui ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur, a une double finalité, punitive et réparatrice (ATF 123 III 391 consid. 3c). Elle ne fait pas partie du salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS et les cotisations sociales ne sont pas dues (ATF 123 V 5 ). Sauf circonstances particulières, l'indemnité est due dans tous les cas de licenciement immédiat injustifié (ATF 121 III 64 consid. 3c p. 68; 120 II 243 consid. 3e p. 247; 116 II 300 consid. 5a), même si la victime ne subit ou ne prouve aucun dommage (ATF 123 III 391 ), l'allocation étant la règle et le refus l'exception (ATF 121 III 64 , c. 3c ; ATF 120 II 243 c. 3e). Les exceptions doivent être fondées sur les circonstances de chaque cas particulier; elles supposent l'absence de faute de l'employeur ou d'autres motifs qui ne sauraient être mis à sa charge (116 II 300 consid. 5a).

### **E. 6.3**

En l'occurrence, les parties ont été liées contractuellement durant un peu plus de 4 ans. L'administrateur de E\_\_\_\_\_, sur la base d'une « rumeur persistante » faisant état d'une activité médicale privée concurrente exercée par l'intimé, a sommé ce dernier, par courrier du 22 janvier 2003, préalablement et sans condition, de lui présenter son véhicule exempt de toutes inscriptions dans un délai de 6 jours, à défaut de quoi il considérerait la rumeur comme fondée. En d'autres termes, l'appelante a fait dépendre la véracité de la rumeur concernant la prétendue activité privée concurrente exercée par son employé de la

soumission de celui-ci à ses injonctions d'enlèvement des inscriptions figurant sur son véhicule. Or, comme cela a été vu plus haut, E\_\_\_\_\_ n'a pas établi, ni même rendu vraisemblable, le manquement de son ex-employé à ses devoirs de fidélité à son égard. Cette position de l'appelante, ainsi que le licenciement sur-le-champ de l'intimé qui a suivi, en dépit des explications écrites que celui-ci lui avait fournies par courrier du 27 janvier 2003, sont constitutifs d'une faute qui ne saurait être qualifiée de légère. Toutefois, T\_\_\_\_\_, qui est né en 1967, n'a pas indiqué que ce congé abrupt lui a causé un dommage de nature économique ni n'a établi avoir subi, pour ce motif, une atteinte à sa personnalité, tant sur le plan privé que professionnel. Dès lors, et en dépit de l'absence d'une faute concomitante de sa part dans le cadre de son licenciement, l'indemnité correspondant à deux mois de salaire qui lui a été octroyée par le Tribunal des prud'hommes paraît adaptée aux circonstances du cas d'espèce, et sera, dès lors, confirmée. L'appel incident est ainsi rejeté.

## **E. 7**

7.1. Il découle ainsi de ce qui précède que le jugement entrepris est entièrement confirmé, de sorte que les appels tant principal qu'incident doivent être rejetés.

### **E. 7.2**

A teneur de l'art. 78 al 1 LJP, l'émolument de mise au rôle est mis à la charge de la partie qui succombe. Aucune des parties n'obtenant gain de cause, les émoluments d'appel dont elles se sont respectivement acquittés seront laissés à leur charge.

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