Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.298/2005 /ech

Arrêt du 3 janvier 2006
Ire Cour civile

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

Parties
X._____ SA, défenderesse et recourante, représentée par Me Xavier Mo Costabella, a

contre

A._____, demandeur et intimé, représenté par Me Susannah L. Maas,
Caisse Y._____,
intervenante.

Objet
contrat de travail; licenciement immédiat,
recours en réforme contre l'arrêt de la Cour d'appel de
la juridiction des prud'hommes du canton de Genève du 1er juillet 2005.

Faits:
A.
Courant 2000, B._____ et A._____ ont décidé de s'associer dans le domaine du recrutement et du placement de personnel. A cette fin, ils ont acquis une société anonyme pour le prix de 7'000 fr. qu'ils ont financé par moitié chacun.

B._____ et A._____ sont devenus actionnaires à parts égales, soit pour 50 % des actions de ladite société, dont ils ont changé la raison sociale en X._____ SA.

Au bilan de la société nouvellement reprise, ils apparaissaient à l'actif comme débiteurs du capital social.

Le but social de X._____ SA est les études, la recherche, l'obtention, l'exploitation directe ou indirecte, la cession de brevets, de licences, de procédés, de modèles ou de marques, le consulting, le recrutement et placement privé de personnel, de ressources humaines, de consultants en informatique, en outsourcing et en télécommunications.

Dans un premier temps, X._____ SA a été administrée par un avocat genevois, en qualité d'administrateur unique. A la suite de sa démission, il a été remplacé par B._____, également en qualité d'administrateur unique.

Dès la reprise de la société, B._____ et A._____ ont été engagés comme employés de cette entité avec le même statut, les mêmes pouvoirs et les mêmes fonctions directoriales. Tous deux avaient la signature sur les comptes bancaires.

A._____ s'occupait du recrutement des candidats, de leur sélection et de leur présentation aux clients. B._____ se chargeait de chercher des clients.

L'organisation des rapports de travail entre B._____ et A._____ a été discutée mais n'a pas fait l'objet de documents formels. Tous deux étaient engagés sur la base d'un contrat de travail prévoyant une rémunération mensuelle de 8'500 fr. brut. Ils partageaient le même bureau.

S'agissant de la gestion du personnel de X._____ SA, elle était assurée en commun par B._____ et A._____, qui engageaient et licenciaient le personnel de l'entreprise.

Le dernier salaire versé était de 8'600 fr., pour le mois d'octobre 2002, auquel s'ajoutait un montant de 688 fr. à titre d"'indemnité forfaitaire de frais".

S'agissant des résultats de X._____ SA, B._____ a expliqué qu'ils avaient été excellents en 2001. Selon lui, ces bons résultats étaient dus, pour une bonne part, à A._____. B._____ a estimé qu'en 2001, 60 % du résultat de X._____ SA était dû à A._____, 20 % aux autres collaborateurs de l'entreprise et les 20 % restant à sa propre activité. Toujours selon B._____, la part respective dans les résultats 2002 s'était inversée: 60 % provenaient de son travail, 30 % des collaborateurs et 10 % de A._____.

Au mois de mars 2002, suite à un différent d'ordre familial chez B._____, la société a pris la décision de cesser ses activités de recrutement en Algérie.

D'une manière générale, les relations entre B._____ et A._____ se sont détériorées, chacun accusant l'autre d'avoir adopté un comportement nuisant au bon fonctionnement de la société.

Dans ce contexte, à l'issue d'une rencontre, le 21 août 2002, entre A._____ et B._____, celui-ci a adressé à celui-là un courrier électronique dont il ressort en particulier que "l'un ne s'occupe pas de ce que fait l'autre il n'y a pas besoin". A cet égard, B._____ a précisé en cours d'instance que lors de réunions ayant précédé ce message, A._____ et lui s'achoppaient sur des demandes réciproques portant sur les détails de leurs activités respectives, sur leurs agendas, etc. Ils avaient décidé lors de cette réunion de ne plus se poser désormais de questions sur ces points.

Le 28 octobre 2002, l'épouse de B._____ a adressé à celui-ci un long courrier électronique l'incitant en substance à licencier A._____.

Par lettre remise en mains propres le 31 octobre 2002, B._____ a résilié les rapports de travail de A._____ avec effet immédiat. Selon ce courrier, le congé était donné principalement pour les motifs suivants: A._____ avait poursuivi, sur son temps de travail, mais pour son compte, des opérations de placement en Algérie, après que X._____ SA ait cessé toute activité dans ce pays; A._____ y avait également vendu des programmes informatiques; une procuration avait été établie sans droit par A._____; deux jours de congé avaient été pris indûment par A._____ au mois d'août 2002 durant une période d'absence en raison d'une prétendue maladie; A._____ n'avait pas annoncé à la société d'assurance qu'un ordinateur déclaré volé avait été retrouvé.
B.
Par demande du 8 novembre 2002, A._____ a assigné X._____ SA devant la juridiction des prud'hommes du canton de Genève en paiement de la somme de 57'130 fr., intérêt moratoire à 5 % l'an compris. Il a en outre réclamé le paiement d'une somme de 20'000 fr. à titre de réparation d'un tort moral.

Par la suite, il a amplifié ses conclusions à plusieurs reprises, pour réclamer finalement 54'600 fr. correspondant à six mois de salaire pour licenciement immédiat injustifié ou renvoi abusif, 18'200 fr. correspondant à deux mois de préavis, 20'000 fr. à titre de tort moral et 2'416 fr. 75 correspondant à deux factures de téléphone.

Il soutenait que les éléments allégués par X._____ SA n'étaient pas propres à justifier le licenciement. Il plaidait aussi que ce licenciement était abusif car lié à des motifs d'ordre personnels. Selon lui, son licenciement avait été dicté par l'épouse de B._____.

X._____ SA a contesté intégralement les conclusions de A._____. Sur demande reconventionnelle, elle a conclu notamment au versement de 41'299 fr. avec intérêt à 5 % l'an dès le 1er novembre 2002. Elle a par ailleurs conclu à ce que A._____ soit condamné à produire des décomptes de son activité en Algérie, ainsi qu'à restituer tout profit ayant résulté de ladite activité.

Elle a expliqué en substance qu'elle était fondée à résilier le contrat de travail avec effet immédiat au vu des actes graves et répétés de A._____. Elle réclamait en conséquence la réparation du dommage subi, soit la contre-valeur de l'ordinateur portable, la remise du gain réalisé par A._____, le remboursement d'un quart du salaire de celui-ci ainsi que le remboursement des vacances prises en trop.

A._____ a conclu au déboutement des conclusions reconventionnelles de son adverse partie.
Par courriers déposés les 25 juillet et 12 août 2003, la Caisse Y._____ a expliqué être subrogée à A._____ pour un montant total net de 4'325 fr. 85 correspondant aux indemnités versées pour la période du 1er janvier au 15 février 2003.

Dans deux lettres reçues le 4 août 2003, le Service des mesures cantonales a également indiqué être subrogé dans les droits de A._____ pour une somme globale de 13'518 fr. 95 correspondant aux indemnités versées.

Par jugement du 13 mai 2004, le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève a, sur demande principale, condamné X._____ SA à payer à A._____ la somme brute de 846 fr. 80 et, sur demande reconventionnelle, condamné celui-ci à payer à celle-là la somme brute de 2'278 fr. (soit 1'003 fr. + 1'275 fr.) avec intérêt à 5 % l'an dès le 1er novembre 2002 et la somme nette de 10'000 fr. avec intérêt à 5 % l'an dès le 1er novembre 2002, ordonné la restitution de l'ordinateur portable, de son chargeur, d'un lecteur CD/CD-ROM-DVD et d'une fourre d'ordinateur qu'il tenait à disposition à son greffe, débouté les parties de toute autre conclusion et invité la partie qui en avait la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles.

S'agissant de la demande principale, le Tribunal a considéré que X._____ SA avait apporté la preuve que A._____ avait développé une activité pour son propre compte en Algérie, qui était exercée en partie sur son temps de travail, et avait participé au commerce de programmes informatiques, ce qui fondait la résiliation du contrat de travail avec effet immédiat. Il a aussi considéré que ni l'absence de A._____ pour un séjour à Paris avec sa compagne, ni la déclaration à l'assurance du vol de l'ordinateur portable n'étaient propres à justifier un licenciement avec effet immédiat.

Concernant la demande reconventionnelle, le Tribunal a ordonné la restitution de l'ordinateur et condamné A._____ au versement d'une indemnité de 10'000 fr. pour les activités accessoires pour son propre compte et de 2'278 fr. pour les jours de maladie et de congé pris indûment.

Statuant sur appel de A._____ par arrêt du 1er juillet 2005, la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève a annulé le jugement du 13 mai 2004. Sur demande principale, elle a condamné X._____ SA à payer à A._____ la somme brute de 36'400 fr. plus intérêt à 5 % l'an dès le 1er novembre 2002, sous déduction de la somme nette de 4'325 fr. 85 plus intérêt à 5 % l'an dès le 15 février 2003, condamné X._____ SA à payer à la Caisse Y._____ la somme nette de 4'325 fr. 85 plus intérêt à 5 % l'an dès le 15 février 2003 et invité la partie qui en avait la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles. Sur demande reconventionnelle, elle a ordonné la restitution de l'ordinateur portable, de son chargeur, d'un lecteur CD/CD-ROM-DVD et d'une fourre d'ordinateur, condamné X._____ SA à rembourser à A._____ 2'000 fr. correspondant à l'émolument d'appel versé par celui-ci et débouté les parties de toutes autres conclusions. Les motifs sur lesquels repose cette décision seront exposés plus loin dans la mesure utile.
C.
X._____ SA (la défenderesse) interjette un recours en réforme au Tribunal fédéral. Elle conclut à l'annulation de l'arrêt de la Cour d'appel, à la confirmation du jugement du Tribunal des prud'hommes, en particulier en ce que, sur demande reconventionnelle, il condamne A._____ à lui payer la somme brute de 2'278 fr. (soit 1'003 fr. + 1'275 fr.) avec intérêt à 5 % l'an dès le 1er novembre 2002 et la somme nette de 10'000 fr. avec

intérêt à 5 % l'an dès le 1er novembre 2002, ordonne la restitution d'un ordinateur portable, de son chargeur, d'un lecteur CD/CD-ROM-DVD et d'une fourre d'ordinateur, et enfin au déboutement de A._____ de toutes autres ou contraires conclusions, avec suite de dépens.

A._____ (le demandeur) conclut à la confirmation de l'arrêt entrepris et au déboutement de X._____ SA de toutes autres conclusions, avec suite de dépens.

Pour sa part, la Caisse Z._____, qui a succédé à Y._____ ensuite de fusion au 1er janvier 2005, a expliqué qu'elle n'entendait pas prendre de façon détaillée position sur les arguments de la partie recourante et se rangeait intégralement à l'avis de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes tel qu'exprimé dans son arrêt du 1er juillet 2005.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
1.1 Interjeté par la défenderesse, qui a été déboutée de ses conclusions, et dirigé contre un jugement final rendu en dernière instance cantonale par un tribunal supérieur (art. 48 OJ) sur une contestation civile dont la valeur litigieuse atteint le seuil de 8'000 fr. (art. 46 OJ), le recours en réforme est en principe valable, puisqu'il a été déposé en temps utile (art. 32, 34 al. 1 let. b et 54 al. 1 OJ) et dans les formes requises (art. 55 OJ).
1.2 Saisi d'un recours en réforme, le Tribunal fédéral conduit 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 faille rectifier des constatations reposant sur une inadvertance manifeste (art. 63 al. 2 OJ) ou compléter les constatations de l'autorité cantonale parce que celle-ci n'a pas tenu compte de faits pertinents, régulièrement allégués et clairement établis (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).
2.
L'existence d'un contrat de travail liant la défenderesse, personne morale, et le demandeur, directeur de celle-ci, n'est pas remise en cause devant le Tribunal fédéral, de sorte que la Cour de céans n'a pas à revenir sur ce point (art. 55 al. 1 let. b et c OJ).
3.
La défenderesse reproche premièrement à la cour cantonale d'avoir violé l'art. 337 CO en considérant que les motifs de résiliation qu'elle avait invoqués à l'appui du licenciement du demandeur ne suffisaient ni individuellement, ni collectivement pour justifier une résiliation du contrat de travail avec effet immédiat.
3.1 Selon l'art. 337 al. 1 1e phrase CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs. Doivent notamment être considérées comme tels 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 (cf. 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 p. 31, 213 consid. 3.1 p. 220; 127 III 351 consid. 4a p. 353). D'après 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 malgré un avertissement (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31, 213 consid. 3.1 p. 221; 129 III 380 consid. 2.1). Par manquement du travailleur, on entend en règle générale la violation d'une obligation découlant du contrat de travail (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31; 127 III 351 consid. 4a p. 354), comme par exemple le devoir de fidélité (ATF 127 III 351 consid. 4a p. 354; 121 III 467 consid. 4d).

Le juge apprécie librement s'il existe de 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 p. 32; 127 III 351 consid. 4a p. 354). Le Tribunal fédéral ne revoit qu'avec réserve la décision d'équité prise en dernière instance cantonale. Il intervient lorsque celle-ci s'écarte sans raison des règles établies par la doctrine et la jurisprudence en matière de libre appréciation, ou lorsqu'elle s'appuie sur des faits qui, dans le cas particulier, ne devaient jouer aucun rôle, ou à l'inverse, lorsqu'elle n'a pas tenu compte d'éléments qui auraient absolument dû être pris en considération; il sanctionnera en outre les décisions rendues en vertu d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 32, 213 consid. 3.1 p. 220; 129 III 380 consid. 2 p. 382).

C'est à l'employeur qui entend se prévaloir de justes motifs de licenciement immédiat de démontrer leur existence (arrêt 4C.174/2003 du 27 octobre 2003, consid. 3.2.3 et les références citées; plus récemment Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, 3e éd., Lausanne 2004, n. 13 ad art. 337 CO).
3.2 Au contraire du Tribunal des prud'hommes, la cour cantonale a considéré qu'en l'espèce, s'agissant du grief lié à l'activité que le demandeur aurait déployée pour son propre compte en Algérie en partie sur son temps de travail, il ressortait de l'instruction que ni la répartition des tâches, ni le temps que chacun des deux directeurs de la défenderesse devaient lui consacrer n'avaient été strictement définis et formalisés entre les deux dirigeants et propriétaires de celle-ci. A cet égard, B._____ avait admis qu'en 2001, l'activité du demandeur avait généré 60 % du chiffre d'affaires et sa propre activité 20 %. Selon lui, cette répartition s'était inversée en 2002.

D'autre part, les enquêtes n'avaient pas permis d'établir si les activités du demandeur en Algérie après mars 2002 allaient au-delà de la simple terminaison des relations en cours au moment de la décision.

L'instruction avait en revanche établi que les activités et agendas respectifs de B._____ et du demandeur faisaient problème entre eux bien avant la date de licenciement immédiat. Ainsi, lors des réunions avec le personnel de la défenderesse, ils avaient d'un commun accord décidé de ne plus s'occuper de ce que faisait l'autre, ce que B._____ avait confirmé par écrit au demandeur le 21 août 2002.

Dans ces circonstances, les activités que le demandeur aurait continuées d'avoir en Algérie après la décision de mars 2002 de mettre un terme à celles-ci ne justifiaient pas un licenciement immédiat au sens de l'art. 337 CO.

Ne constituaient pas davantage un motif de licenciement immédiat, compte tenu de toutes les circonstances, les autres reproches contenus dans la lettre de la défenderesse. Avec les premiers juges, la cour cantonale a considéré que ni le déplacement à Paris du demandeur pendant son congé maladie, ni l'absence de déclaration immédiate à l'assurance au sujet du vol de l'ordinateur portable, ni l'existence d'une procuration contrefaite en faveur du demandeur ne pouvaient fonder, dans le cas d'espèce, un juste motif de licenciement.

3.3 Dans son écriture, la défenderesse présente une argumentation de type appellatoire inadmissible dans le cadre d'un recours en réforme. En effet, pour chacun des cinq griefs invoqués à l'appui du licenciement du demandeur, elle se limite à discuter l'appréciation des preuves recueillies et à exposer sa propre version des faits.

Ainsi, s'agissant de l'activité prétendument concurrente et du supposé commerce de programmes informatiques en Algérie, elle méconnaît que la cour cantonale a en particulier retenu, de manière souveraine, que le demandeur bénéficiait d'une grande liberté dans l'organisation de son temps et de son travail et qu'il n'avait pas été possible d'établir si ses activités allaient au-delà de la simple terminaison des relations en cours, faits qu'il incombait le cas échéant à la défenderesse de contester par le biais d'un recours de droit public. Quoi qu'en dise la défenderesse, l'on ne se trouve en l'occurrence pas dans une situation similaire à celle de l'employé qui aurait commencé une activité concurrente en cours d'emploi ou aurait cherché à débaucher d'autres collabora-

teurs, violant par-là son devoir de fidélité, de telle sorte que l'employeur serait fondé à le licencier avec effet immédiat (cf. ATF 117 II 72 consid. 4a; plus récemment arrêt 4C.98/2005 du 27 juillet 2005, consid. 3.1).

Pour ce qui est de la procuration soi-disant établie sans droit par A._____, du déplacement de celui-ci à Paris pendant son congé maladie et l'absence d'annonce à la société d'assurance de ce que l'ordinateur avait été retrouvé, la cour cantonale s'est implicitement référée aux considérations du Tribunal des prud'hommes.

Concernant le premier point, celui-ci a retenu qu'en l'absence de tout élément probant, il n'était pas en mesure de déterminer l'identité de l'auteur de la pièce litigieuse et que, par ailleurs, il n'avait pas été démontré que le demandeur en ait fait usage, en particulier après le 31 mars 2002. En d'autres termes, aucun élément concret ne tendait a priori à démontrer l'existence d'une infraction pour faux dans les titres au sens du Code pénal. Il seyait toutefois de relever qu'un tel document était propre à faciliter la conclusion d'affaires en Algérie, notamment après que la défenderesse ait cessé son activité dans ce pays.

Au sujet du séjour à Paris, les premiers juges ont considéré que l'absence du demandeur était strictement liée à la nécessité médicale et avérée, pour sa compagne, d'être accompagnée à raison d'une opération de la rétine, et ne saurait en aucun cas constituer un juste motif de licenciement avec effet immédiat, du moins en l'absence de tout avertissement antérieur pour des faits similaires.

S'agissant du dernier point, le Tribunal a retenu qu'aucune infraction telle qu'une escroquerie à l'assurance n'avait été commise, ni même tentée, et que ce grief n'était donc pas propre à justifier un licenciement avec effet immédiat. A cela s'ajoutait le fait qu'il n'existait aucune proximité temporelle entre le moment du sinistre et la déclaration de vol d'une part, et la décision de licenciement d'autre part.
3.4 En définitive, il apparaît que la défenderesse n'est parvenue à démontrer ni l'existence de motifs d'une gravité telle qu'ils auraient permis de justifier une résiliation immédiate, ni celle d'un avertissement en dépit duquel le demandeur aurait persisté dans les manquements reprochés. Ainsi, l'on ne voit pas que, sur la base de l'état de fait souverain, la cour cantonale ait méconnu l'art. 337 CO en considérant que la défenderesse n'était pas fondée à résilier le contrat de travail du demandeur avec effet immédiat. Partant, le premier grief de la défenderesse ne peut qu'être rejeté.
3.5 La résiliation immédiate n'étant pas justifiée, c'est à bon droit que la défenderesse a été condamnée à verser au demandeur l'équivalent de ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé (cf. art. 337c al. 1 CO), ainsi qu'à une indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO, dont la défenderesse n'a d'ailleurs pas remis le montant en cause à titre subsidiaire.
4.
La défenderesse expose ensuite qu'en conduisant divers projets en Algérie, dans son seul intérêt et au détriment de son employeur, le demandeur s'est conduit en gérant d'affaires sans mandat, de sorte qu'en application de l'art. 423 al. 1 CO, les profits résultant de cette gestion d'affaires reviendraient exclusivement au maître, soit en l'espèce à la défenderesse. Le comportement du demandeur serait également constitutif de concurrence déloyale à l'encontre de son employeur, de sorte que la défenderesse serait légitimée à exiger la remise du gain, en application de l'art. 9 al. 3 LCD. En définitive, elle conclut à la confirmation du montant de 10'000 fr. qui lui avait été alloué par le Tribunal des prud'hommes à titre de remise du gain et de remboursement des salaires.
4.1 S'agissant de l'indemnité que les premiers juges avaient octroyée à la défenderesse en application des art. 321b, 321e et 42 al. 2 CO, la cour cantonale a retenu que la défenderesse, qui supportait le fardeau de la preuve, n'avait établi ni l'existence d'une violation du devoir de fidélité ni l'existence d'un dommage. Il ressortait notamment de l'instruction de la cause que la répartition des tâches au sein de la défenderesse entre B._____ et le demandeur était imprécise et laissait une large autonomie à chacun d'eux dans l'exécution de celles-ci. Ils avaient en outre convenu de ne pas s'immiscer dans ce que faisait l'autre.

A cet égard, il ressortait des déclarations de B._____ qu'aussi bien le demandeur que lui-même avaient contribué de manière inégale aux résultats de la défenderesse, B._____ ayant déclaré qu'en 2001, l'activité du demandeur avait généré 60 % du chiffre d'affaires et sa propre activité 20 %, et que cette répartition s'était inversée en 2002.

La défenderesse n'avait pas prouvé que le demandeur avait généré un quelconque revenu en vendant des logiciels, ni que les activités déployées par le demandeur en Algérie après mars 2002 avaient produit un quelconque profit.

Il découlait de ce qui précédait que faute d'avoir prouvé l'existence soit d'une violation des obligations contractuelles du demandeur à son égard, soit d'un préjudice résultant de telles violations, la défenderesse ne pouvait prétendre à l'indemnité de 10'000 fr. retenue par les premiers juges.
4.2 Dans la mesure où l'existence d'un gain n'a pas pu être établie, le grief de la défenderesse est vain, puisque l'application tant des art. 321b et 321e CO que celle des art. 413 al. 1 CO et 9 al. 3 LCD suppose précisément l'existence d'un gain, respectivement d'un profit, qui fait défaut en l'espèce. Fondé sur des faits qui ne correspondent pas aux constatations cantonales, le moyen de la défenderesse n'est pas recevable.
5.
Dans un dernier grief très succinctement motivé, la défenderesse reproche à la cour cantonale de ne pas avoir confirmé le jugement du Tribunal des prud'hommes en ce qu'il lui allouait les sommes brutes de 1'003 fr. et 1'275 fr. à titre de vacances prises en trop et de salaire pour son absence du 29 août au 2 septembre 2002, qui n'aurait en réalité pas été motivée par une maladie.
5.1 Sur le premier point, la cour cantonale a considéré que le demandeur avait droit à vingt jours de vacances par année. Dès lors que le contrat de travail s'était terminé le 31 décembre 2002, le demandeur pouvait prétendre à l'entier de ses vacances pour 2002. Or, selon la défenderesse, il avait pris vingt jours de congé entre le 1er janvier et le 31 octobre 2002, de sorte qu'il n'avait pas excédé son droit aux vacances en 2002.

L'argument de la défenderesse, qui repose sur l'hypothèse de la confirmation de la validité de la résiliation immédiate pour justes motifs au 31 octobre 2002, n'a plus raison d'être dans la mesure où il a finalement été admis que la résiliation immédiate était injustifiée, de sorte que le demandeur bénéficiait de son droit aux vacances jusqu'à l'échéance normale de son contrat, le 31 décembre 2002.
5.2
5.2.1 Concernant le second point, les juges cantonaux ont considéré qu'il était établi que le demandeur avait accompagné à Paris son amie qui devait subir une intervention chirurgicale à la rétine du 29 août au 2 septembre 2002. Bien qu'il n'ait pas produit de certificat médical, le demandeur soutenait qu'il était malade et n'aurait de toute façon pas pu travailler. Dans ces circonstances, l'absence en cause ne saurait être tenue pour fautive. Il ne ressortait pas du dossier que la défenderesse exigeait un certificat médical dès le premier jour d'incapacité de travail, ni qu'elle exigeait la compensation du temps pour les congés usuels ou l'imputait sur le salaire de l'employé. Tant le demandeur que B._____ jouissaient d'une grande liberté dans l'organisation de leur temps de travail. Dans ces circonstances, il n'y avait pas lieu d'astreindre le demandeur au remboursement de la rétribution touchée pendant son déplacement à Paris.
5.2.2 Selon l'art. 329 al. 3 CO in initio, l'employeur accorde au travailleur les heures et jours de congé usuels. Les parties tiennent équitablement compte des intérêts de l'employeur et du travailleur pour fixer les heures et jours de congé (art. 329 al. 4 CO).

L'employeur doit, selon les circonstances, accorder au travailleur des congés pour rendre visite à des proches malades (arrêt 4C.459/1997 du 7 avril 1998, publié in JAR 1999 p. 232, consid. 3 p. 233 et les références citées; plus récemment Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, op. cit., n. 3 ad art. 329 CO). La date et la durée des congés doivent être fixées en équité (art. 4 CC), selon les circonstances, en tenant compte, notamment, des besoins de l'employeur et du travailleur (arrêt 4C.459/1997 du 7 avril 1998, publié in JAR 1999 p. 232, consid. 3 p. 233 et les références citées).

L'art. 329 CO n'oblige pas l'employeur à verser le salaire au travailleur en cas de congé au sens de cette disposition. Le salaire n'est dû qu'en vertu d'un accord ou de l'usage, selon l'art. 322 CO, ou en cas d'empêchement de travailler inhérent à la personne de l'intéressé, selon l'art. 324a CO (arrêt 4C.459/1997 du 7 avril 1998, publié in JAR 1999 p. 232, consid. 4 p. 234; plus récemment Wyler, Droit du travail, Berne 2002, p. 245; cf. également Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, op. cit., n. 3 ad art. 329 CO).

Selon l'art. 324a al. 1 CO, 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 conclus pour plus de trois mois.
5.2.3 En l'occurrence, la cour cantonale a souverainement tenu pour établi que le demandeur avait été malade du 29 août au 2 septembre 2005, de sorte que la défenderesse, qui n'a pas contesté cette constatation de fait par le biais d'un recours de droit public, n'est pas fondée à présenter devant l'autorité fédérale de réforme une argumentation reposant sur la prémisse inverse. Dès lors qu'il en découle que l'absence du demandeur n'était pas fautive, son salaire lui était dû sur la base de l'art. 324a CO, ce qui exclut toute restitution.
6.
Il résulte des considérants qui précèdent que le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité.
7.
Comme la valeur litigieuse, calculée selon la prétention à l'ouverture de l'action (ATF 115 II 30 consid 5b p. 41), dépasse le seuil de 30'000 fr., la procédure n'est pas gratuite (art. 343 al. 2 et 3 CO). Compte tenu de l'issue du litige, les frais et dépens seront mis à la charge de la défenderesse, qui succombe (art. 156 al. 1 et 159 al. 1 OJ).
L'intervenante, qui n'a pas formulé d'observations et n'est pas représentée par un avocat, ne sera pas prise en considération dans la répartition des frais et dépens (cf. arrêt 4C.98/2005 du 27 juillet 2005, consid. 4).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.
2.
Un émolument judiciaire de 2'000 fr. est mis à la charge de la défenderesse.
3.
La défenderesse versera au demandeur une indemnité de 2'500 fr. à titre de dépens.
4.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires de la défenderesse et du demandeur, ainsi qu'à l'intervenante et à la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève.
Lausanne, le 3 janvier 2006
Au nom de la Ire Cour civile
du Tribunal fédéral suisse
Le président: La greffière: