Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.66/2006 /svc

Arrêt du 28 juin 2006
Ire Cour civile

Composition
MM. et Mme les Juges Corboz, Président,
Favre et Kiss.
Greffière: Mme Crittin.

Parties
X._____ SA,
défenderesse et recourante, représentée par
Me Jacques Roulet, avocat,

contre

Z._____,
demandeur et intimé, représenté par
Me Philippe Ducor, avocat,

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 12 janvier 2006.

Faits:
A.
A.a X._____ SA, de siège social à A._____, a pour but d'assurer "toutes prestations médicales au chevet du patient". B._____, médecin, en est l'administrateur unique, avec signature individuelle, et l'actionnaire majoritaire.
A.b Z._____ est entré au service de X._____ SA en mars 1996, en tant que spécialiste en médecine générale.

Renouvelable d'année en année, son contrat l'a été une dernière fois en septembre 2002, sous l'intitulé "contrat d'engagement". Ce document, auquel était annexé le "règlement" interne de la société, mentionnait que la rémunération de Z._____, "pour assumer des gardes dans l'établissement", représentait les 42,25% des honoraires encaissés "à la manière d'un mandat". Son travail englobait tant une prestation médicale qu'une autre de gestion.

A partir du 1er octobre 1999 - et jusqu'à la fin janvier 2003 -, Z._____ a été nommé directeur médical adjoint, à raison de 13,1 jours par mois en moyenne. Son travail consistait à servir de lien entre la société et les différents médecins de garde déployant une activité pour le compte de celle-ci, sur le plan organisationnel, afin d'assurer le bon fonctionnement du service d'urgence. Cette fonction impliquait, en particulier, la préparation de colloques internes et de cours pour les ambulanciers et les médecins. A ce titre, il percevait une rémunération fixe de 400 fr. par jour de présence dans les locaux de X._____ SA. Dès le 1er janvier 2003, ce montant a été augmenté à 800 francs. Le "contrat d'engagement" transmis à cette occasion était du même type que celui de septembre 2002 susmentionné.

A.c La rémunération versée par X._____ SA à Z._____ était qualifiée de "salaire", dont étaient déduites les contributions sociales. Z._____ était assuré auprès de la fondation de prévoyance pour le personnel des médecins et des vétérinaires et considéré comme employé de X._____ SA. Ses revenus ont été imposés par l'administration fiscale en tant qu'activité lucrative dépendante. A la fin des années 1999, 2000, 2001 et 2002, X._____ SA a établi, à l'intention du fisc, un "certificat de salaire" de Z._____ mentionnant le total du salaire brut versé, les retenues effectuées sur ledit salaire brut et le salaire net.
A.d Le dernier salaire annuel brut versé à Z._____ s'est élevé à 148'959 fr.90.
B.
Le 29 janvier 2003, Z._____ a été licencié avec effet immédiat, pour graves manquements à ses devoirs vis-à-vis de X._____ SA. La mise en place d'un "système de consultation à domicile avec un véhicule équipé pour l'urgence sans en informer" son employeur lui était notamment reprochée.
C.
Après s'être opposé au congé par courrier du 14 février 2003, Z._____ (ci-après: le demandeur) a, le 20 juin 2003, déposé une demande au greffe de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève. Il concluait à la condamnation de X._____ SA (ci-après: la défenderesse) à lui verser les sommes de 187'367 fr.10, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 20 juin 2003, dont 37'239 fr.90 d'indemnité de salaire pour les mois de février à avril 2003, 74'479 fr.80 d'indemnité pour licenciement immédiat injustifié, 2'257 fr.40 d'heures supplémentaires et 73'390 fr. d'indemnité pour vacances non prises en nature.

Le Tribunal a condamné la défenderesse à payer au demandeur les sommes de 113'575 fr.45 bruts, dont 40'342 fr.10 à titre de salaire dû pendant le délai de congé de trois mois et 73'233 fr.35 à titre de rémunération pour vacances non prises, et de 37'240 fr. nets à titre d'indemnité pour licenciement immédiat injustifié, le tout avec intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 20 juin 2003. Elle a de même invité la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles.
D.
La Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes a été saisie à la fois d'un appel et d'un appel incident, le premier interjeté par la défenderesse et, le second, par le demandeur. Après avoir déclaré les deux appels recevables à la forme, l'autorité cantonale a, au fond, rejeté lesdits appels et confirmé le jugement entrepris.
En substance, l'autorité cantonale a considéré que les premiers juges ont à juste titre conclu à l'existence d'un contrat de travail et se sont déclarés compétents à raison de la matière pour connaître du litige opposant les parties. Elle a arrêté que le demandeur avait droit à une indemnité afférente aux vacances, aucune des trois conditions permettant l'inclusion d'une telle indemnité dans le salaire n'étant remplie. Elle a enfin admis le caractère abusif du licenciement et retenu que, compte tenu des circonstances du cas d'espèce, l'instance inférieure a accordé à bon droit une indemnité équivalant à trois mois de salaire.
E.
La défenderesse interjette un recours en réforme au Tribunal fédéral. Elle conclut à l'annulation de l'arrêt de la Cour d'appel et au déboutement du demandeur. A titre subsidiaire, elle requiert le renvoi de la cause à la juridiction inférieure pour "nouvelle décision" dans le sens des considérants, à la condamnation du demandeur en tous les dépens et au rejet de toutes autres ou contraires conclusions.

Dans sa réponse, le demandeur propose le rejet du recours, sous suite de frais et dépens.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
1.1 Interjeté par la défenderesse, qui a succombé dans ses conclusions, et dirigé contre une décision finale rendue en dernière instance cantonale par un tribunal supérieur (art. 48 al. 1 OJ) sur une contestation civile dont la valeur litigieuse dépasse le seuil de 8'000 fr. (art. 46 OJ), le présent recours est en principe recevable puisqu'il a été déposé en temps utile (art. 54 OJ) et dans les formes requises (art. 55 OJ). Demeure réservé l'examen de la recevabilité des moyens qui y sont soulevés.
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, régulièrement allégués et clairement établis (art. 64 OJ; ATF 130 III 102 consid. 2.2; 127 III 248 consid. 2c). Hormis ces exceptions que le recourant doit invoquer expressément, 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).

Dans la mesure où les parties présentent certains faits qui ne figurent pas dans la décision attaquée, sans se prévaloir avec précision de l'une des exceptions qui viennent d'être rappelées, il n'en sera pas tenu compte.
1.3 Quant aux motifs énoncés dans un recours en réforme, ils doivent indiquer succinctement quelles sont les règles de droit fédéral violées par la décision attaquée et en quoi consiste cette violation (art. 55 al. 1 let. c OJ). Le recourant ne peut pas se borner à citer les dispositions légales qui auraient été violées ni se livrer seulement à des développements juridiques abstraits ou à des critiques toutes générales de la décision attaquée. Il doit formuler ses critiques de manière détaillée afin que la juridiction fédérale de réforme puisse comprendre en quoi il considère le jugement attaqué comme contraire au droit fédéral (ATF 121 III 397 consid. 2a; 116 II 745 consid. 3).
2.
Dans un premier grief, la défenderesse reproche à la Cour d'appel d'avoir qualifié la relation contractuelle liant les parties de contrat de travail, en violation des art. 18 et 319 CO.

De son point de vue, cette relation contractuelle relève du mandat et non pas du contrat de travail, à défaut de tout lien de subordination personnel ou hiérarchique, temporel et spatial. Les juges cantonaux auraient par ailleurs fait preuve de préjugés dans leur analyse, en orientant leur argumentation à l'appui d'une solution adoptée a priori. Ils auraient notamment versé dans le déni, en ne tenant pas compte de la qualification de mandat retenue dans un cas identique tranché en 1996. Puisque le rapport contractuel noué avec les médecins était alors précisément qualifié de mandat par la dernière instance cantonale, la volonté de la défenderesse ne pouvait être de conclure, en 1996, un contrat de travail avec le demandeur.
2.1 Cette critique suppose de s'interroger sur la qualification juridique des relations nouées entre les parties, ce qui constitue une question relevant du droit fédéral (ATF 131 III 217 consid. 3).
2.1.1 La dénomination d'un contrat n'est pas déterminante pour évaluer sa nature juridique (ATF 129 III 664 consid. 3.1; 99 II 313). Pour qualifier un contrat comme pour l'interpréter, le juge doit tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO). S'il y parvient, il s'agit d'une constatation de fait qui ne peut être remise en cause dans un recours en réforme (ATF 129 III 664 consid. 3.1 et les arrêts cités).

Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si elle est divergente, le juge doit interpréter les déclarations faites et les comportements selon la théorie de la confiance (ATF 131 III 217 consid. 3; 129 III 664 consid. 3.1; 128 III 265 consid. 3a). Il doit donc rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (ATF 131 III 268 consid. 5.1.3). Même si une déclaration paraît claire à première vue, il peut résulter d'autres circonstances que son destinataire devait lui donner un sens différent de celui découlant d'une interprétation littérale (ATF 131 III 606 consid. 4.2; 127 III 444 consid. 1b). Il n'en demeure pas moins, lorsqu'aucune circonstance particulière pertinente n'est établie, qu'il faut supposer que le destinataire d'une déclaration la comprend selon le sens ordinaire des mots. Le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 130 III 417 consid. 3.2; 129 III 118 consid. 2.5).

L'application du principe de la confiance est une question de droit que le Tribunal fédéral, saisi d'un recours en réforme, peut examiner librement (ATF 131 III 377 consid. 4.2.1, 268 consid. 5.1.3, 217 consid. 3; 130 III 417 consid. 3.2). Pour trancher cette question de droit, il faut cependant se fonder sur le contenu de la manifestation de volonté et sur les circonstances, lesquels relèvent du fait (ATF 131 III 268 consid. 5.1.2; 130 III 417 consid. 3.2).
2.1.2 Par le contrat individuel 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 fixe d'après le temps ou le travail fourni (art. 319 al. 1 CO). Les éléments caractéristiques de ce contrat sont donc une prestation de travail, un rapport de subordination, un élément de durée et une rémunération (Gabriel Aubert, Commentaire romand, n. 1 ad art. 319

CO; Christiane Brunner/Jean-Michel Bühler/Jean-Bernard Waeber/Christian Bruchez, Commentaire du contrat de travail, 3e éd. Lausanne 2004, n. 1 ad art. 319 CO). Le contrat de mandat se distingue avant tout du contrat de travail par l'absence de lien de subordination juridique qui place le travailleur dans la dépendance de l'employeur sous l'angle personnel, organisationnel et temporel (ATF 121 I 259 consid. 3a; 107 II 430 consid. 1; 95 I 21 consid. 5b). Pour savoir s'il y a un rapport de dépendance, caractéristique du contrat de travail, il convient d'examiner l'ensemble des circonstances concrètes. Il faut se demander si le débiteur de la prestation de travail est intégré dans l'entreprise du créancier, si des directives et des instructions contraignantes (art. 321d CO) déterminent
l'accomplissement de son travail. Le mandataire doit certes suivre les instructions du mandant, mais il agit indépendamment et sous sa seule responsabilité (Pierre Tercier, Les contrats spéciaux, 3e éd. Zurich 2003, n. 4585), alors que le travailleur se trouve au service de l'employeur (Gabriel Aubert, op. cit., n. 13 ad art. 319 CO). D'autres indices complémentaires peuvent également aider à la distinction, tel 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 (arrêt 4P.337/2005 du 26 mars 2006, consid. 3.3.2).
2.2 En l'occurrence, il n'est pas contesté que le demandeur a fourni à la défenderesse une prestation de travail ayant consisté, d'une part, à se rendre, durant ses horaires de garde, au domicile 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. De même, il est admis que les parties avaient convenu de se lier pour une durée indéterminée durant laquelle le demandeur devait se tenir à disposition de la défenderesse durant les heures fixées en début d'année et, enfin, que le contrat conclu prévoyait une rémunération du demandeur.

En définitive, seule l'existence du rapport de subordination est contestée.
2.3 Dans l'arrêt entrepris, la cour cantonale a analysé de façon détaillée la manière de travailler du demandeur et a estimé que la relation contractuelle qui existait entre les parties devait être qualifiée de contrat de travail et non de mandat, retenant que la condition de subordination était réalisée.

L'instance cantonale a tout d'abord examiné les termes utilisés dans le "règlement" liant les parties, de même que dans deux correspondances de la défenderesse, l'une à l'adresse du demandeur et l'autre à celle de l'assurance chômage, et noté que la terminologie relevait du contrat de travail. Elle a ensuite pris en compte l'existence d'autres éléments plaidant en faveur d'un contrat de travail, tel l'établissement de fiches et d'attestations de salaire, qui faisaient - toutes - état de déductions sociales. Elle a par ailleurs relevé que, même s'il ressort du "règlement" que les médecins pouvaient choisir leurs horaires de travail, par ordre d'ancienneté, dans une grille-horaire approuvée lors de l'assemblée des collaborateurs de la société, la direction médicale définissait, précisément et en dernier ressort, les horaires annuels des médecins, qui s'engageaient à effectuer l'horaire préétabli. Elle a de même retenu, à la lecture du même "règlement" que, compte tenu de son activité prédominante, le demandeur était soumis, en pratique, à des horaires de jour et de soirée imposés durant la semaine et devait oeuvrer au moins une nuit et une soirée de week-end chaque mois. Chaque médecin devait en outre assurer des horaires
"d'astreinte" et, au minimum, onze nuits par an. Des sanctions, allant jusqu'à l'exclusion des médecins ne respectant pas l'horaire préétabli, pouvaient être adoptées. Dans ces conditions, la Cour d'appel a estimé que le demandeur n'avait pas la liberté d'organiser son emploi du temps comme bon lui semblait, ce à plus forte raison qu'il exerçait la fonction de directeur médical adjoint et qu'à ce titre, il devait être présent dans les locaux de la société défenderesse durant les heures de bureau.

Chaque médecin pouvait certes définir librement la durée du temps qu'il désirait consacrer à la défenderesse et les vacances qu'il souhaitait prendre n'étaient pas limitées dans le temps. Toutefois, ces mêmes vacances 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. S'agissant de la durée des vacances que pouvait prendre le demandeur, les magistrats cantonaux ont considéré qu'il n'avait pas, en sa qualité de membre de la direction médicale de la société défenderesse, la liberté de s'absenter aussi longtemps et fréquemment qu'il le souhaitait - contrairement au mandataire ou à celui qui exerce une profession libérale.

La juridiction cantonale a de même noté, en faveur de l'existence d'un contrat de travail, la mise à disposition de ses médecins, par la défenderesse, d'un véhicule automobile équipé pour l'urgence et mis sous leur responsabilité. Elle a souligné la possibilité pour la direction médicale de sanctionner ses médecins 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.

Les juges ont aussi mis en évidence un certain nombre d'obligations d'ordre professionnel, imposées aux médecins et résultant du "livre bleu", et de contraintes dans l'organisation de leur travail administratif, tel l'envoi de lettres aux médecins traitants ou l'établissement de rapports internes. Ils ont enfin relevé la facturation des honoraires des médecins sur papier en-tête de la défenderesse, l'obligation des médecins de participer aux colloques mensuels et aux séances d'évaluation mises sur pied par la défenderesse, l'impossibilité pour les médecins d'opérer de choix quant aux consultations requises par la centrale, leur soumission à des impératifs de rendement et de discipline dépendant de la direction de la société.

En pareilles circonstances, on ne voit pas que la cour cantonale ait procédé à une interprétation contraire à l'art. 18 al. 1 CO en déduisant de tels éléments un rapport de subordination, plaçant le demandeur dans la dépendance de la défenderesse sous l'angle personnel, organisationnel et temporel. A cet égard, la critique de la défenderesse est infondée.

Tout d'abord, afin de contester le lien de subordination personnel ou hiérarchique, la défenderesse se fonde sur la seule manière d'exercer des médecins dans le cadre de la société défenderesse, "sous leur responsabilité exclusive, sans recevoir d'instructions", faisant fi des autres éléments dûment examinés par l'instance cantonale. L'argumentation de la défenderesse en lien avec la référence faite par l'autorité inférieure au "livre bleu" se base au demeurant sur des faits non retenus, et encore moins établis, ce qui n'est pas admissible dans le cadre d'un recours en réforme. Ensuite, en ce qui concerne le lien de subordination tant temporel que spatial, la défenderesse se contente une nouvelle fois de trier les éléments de fait pour ne retenir en définitive que ceux en sa faveur, se gardant bien de critiquer l'ensemble des arguments développés par la cour cantonale. Il convient encore de noter que, lorsque la défenderesse fait grief à la juridiction cantonale d'avoir versé dans le déni en ayant omis de prendre en considération la qualification de mandat retenue dans un cas identique tranché en 1996, elle perd de vue que seule la situation concrète du demandeur au sein de la société doit être analysée en l'espèce, ce qui exclut
toute comparaison avec un autre cas, fut-il similaire à celui litigieux. Enfin, le risque économique supporté par le demandeur dans le cadre du système de rémunération convenu n'est qu'un élément parmi d'autres, lequel ne saurait à lui seul faire pencher pour un contrat de mandat.

Cela étant, on ne saurait reprocher à l'instance cantonale, après avoir retenu l'existence d'un rapport de subordination, d'en avoir tiré la conclusion juridique qui s'imposait, à savoir que les parties étaient liées par un contrat de travail.
3.
A titre de grief subsidiaire, la défenderesse soutient que l'arrêt attaqué enfreint l'art. 337 al. 1 1re phrase CO, dans la mesure où les magistrats cantonaux ont considéré que le congé immédiat signifié au demandeur était injustifié.
3.1 Selon l'art. 337 al. 1 1re 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 (al. 2).

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive (ATF 130 III 28 consid. 4.1, 213 consid. 3.1; 127 III 351 consid. 4a). 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, 213 consid. 3.1; 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; 127 III 351 consid. 4a), comme par exemple le devoir de fidélité (ATF 127 III 351 consid. 4a; 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). C'est à l'employeur qui entend se prévaloir de justes motifs de licenciement immédiat de démontrer leur existence (arrêt 4C.298/2005 du 3 janvier 2006, consid. 3.1; cf. également Christiane Brunner/Jean-Michel Bühler/Jean-Bernard Waeber/Christian Bruchez, op. cit., n. 13 ad art. 337 CO).
3.2 La défenderesse s'en prend à l'affirmation de la cour cantonale, selon laquelle les soupçons avancés à l'égard du demandeur quant à l'exercice d'une activité privée médicale concurrente ne reposaient sur aucun élément probant ou vraisemblable. A son sens, cette affirmation n'est nullement le résultat d'une quelconque appréciation des preuves, mais repose au contraire sur une inadvertance manifeste (art. 55 al. 1 let. d OJ). A cet égard, elle prétend que le demandeur aurait lui-même fait l'aveu, le 29 juin 2005, en cours d'audience, que les soupçons de la partie adverse étaient fondés. Il aurait en effet admis avoir à l'époque, avec Y._____ et quatre autres collègues, été démarcher le 144 (centrale d'urgence) à l'insu de la défenderesse, afin d'établir avec cette centrale un partenariat privilégié, ce qui constitue une activité concurrente. De plus, l'attitude de demandeur, consistant à refuser de présenter à l'employeur son véhicule exempt de toute inscription - lors même que des soupçons pesaient sur lui de mettre sur pied une activité concurrente -, a définitivement rompu le lien de confiance entre les parties.

Contrairement à ce qu'elle soutient, la défenderesse remet bien en cause, dans sa critique, l'appréciation des preuves faite par la juridiction cantonale, ce qui est inadmissible dans un recours en réforme. Au demeurant, à la lecture des déclarations "des intimés" reproduites, force est de constater que la défenderesse prête à la partie adverse des propos qu'elle n'a pas tenus et qui, de surcroît, n'ont jamais été allégués en cours de procédure. En effet, le demandeur et Y._____ ont simplement admis, dans le cadre de leur interrogatoire, avoir "présenté nos deux véhicules au docteur C._____ du 144", avec la précision que leur souci "était d'instaurer une relation différente avec les autorités sanitaires en montrant notre crédibilité". Partant, la critique de la défenderesse est irrecevable.

Au reste, le raisonnement juridique de la Cour d'appel ne prête pas le flanc à la critique. L'autorité cantonale a, à juste titre, considéré que les inscriptions apposées sur le véhicule privé du demandeur, voire l'annonce aux autorités sanitaires du canton qu'il effectuait des consultations à domicile, ne constituait pas un acte de concurrence susceptible de fonder un licenciement immédiat au sens de l'art. 337 CO. En effet, il a été dûment retenu, ce qui n'est du reste pas contesté, que les collaborateurs de la défenderesse 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, en utilisant, cas échéant, les véhicules et le matériel de la défenderesse -, 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 la défenderesse. Par ailleurs, l'autorité cantonale a apprécié, de manière à lier le Tribunal fédéral saisi d'un recours en réforme, que la "rumeur persistante" accusant le demandeur d'exercer "une activité privée médicale concurrente" à celle de la défenderesse n'a pas été établie à satisfaction.
Ainsi, la défenderesse n'était pas en mesure de motiver le congé immédiat par le refus du demandeur de présenter à B._____ son véhicule exempt de toute inscription, étant encore précisé que le seul refus d'acquiescer à une injonction basée sur des soupçons n'était en l'état pas à même de rompre le rapport de confiance. Sur le vu de ce résultat, il n'importe guère de déterminer si la résiliation était ou non tardive, ce que tente encore de démontrer - par la négative - la défenderesse.
4.
La défenderesse reproche enfin à la cour cantonale d'avoir confirmé sa condamnation à verser à la partie adverse 73'233 fr.35, avec intérêts - somme correspondant au 8,33% du revenu brut total (879'151 fr.70) réalisé par le demandeur depuis le début de son activité jusqu'à la date de son licenciement -, à titre de vacances non prises en nature.

Elle fait état d'une violation de l'art. 329d al. 2 CO en relation avec l'art. 2 al. 2 CC, les prétentions de la

partie adverse au titre de "salaire afférent aux vacances" étant, à son sens, constitutives d'un abus manifeste de droit.

Afin de justifier l'abus de droit, la défenderesse fait référence à la rémunération élevée du demandeur, à sa totale liberté quant au temps qu'il désirait consacrer à son activité au sein de la société et, corrélativement, au libre bénéfice de "vacances", ou plus spécifiquement de "périodes d'inactivité", au système souple, alternant périodes d'activité à périodes d'inactivité librement choisies, à la libre adhésion du demandeur à ce système incompatible avec un quelconque "droit aux vacances", dont il avait pleinement conscience, au fait qu'il n'était pas sans ignorer qu'il n'était par définition payé que lorsqu'il exerçait une activité et ne l'était évidemment pas s'il choisissait de ne pas travailler et, enfin, à l'absence de toute prétention relative au "salaire afférent aux vacances" tout au long des relations contractuelles, qui ont duré quelque 7 ans, une telle prétention n'ayant été élevée qu'après la cessation de toute activité au sein de la société. Du point de vue de la défenderesse, le but de protection visé par l'art. 329d al. 2 CO est sauvegardé, dès lors que, compte tenu du système de rémunération convenu entre les parties, qui prévoyait le règlement à l'encaissement des honoraires payés par le patient, le demandeur
bénéficiait d'une rémunération qui lui était concrètement versée y compris durant ses périodes d'inactivité.
4.1
4.1.1 D'après l'art. 329d al. 1 CO, l'employeur verse au travailleur le salaire total afférent aux vacances. L'art. 329d al. 2 CO, qui revêt un caractère impératif absolu (art. 361 CO), prévoit que, tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages. Il est déduit de cette disposition que le travailleur ne doit pas être traité différemment, du point de vue salarial, lorsqu'il est en vacances que s'il travaillait (ATF 132 III 172 consid. 3.1; 129 III 493 consid. 3.1, 664 consid. 7.3; 118 II 136 consid. 3b).

En règle générale, le salaire relatif aux vacances doit être versé au moment où celles-ci sont prises et il n'est pas admissible d'inclure l'indemnité de vacances dans le salaire total. L'inclusion de l'indemnité de vacances dans le salaire total est toutefois admissible dans des situations particulières; tel sera par exemple le cas si un employé à temps partiel a un travail très irrégulier, s'il est question d'un travail intérimaire (cf. ATF 118 II 136 consid. 3b; 107 II 430 consid. 3a), ou encore si le travailleur a en même temps différents employeurs (Manfred Rehbinder, Commentaire bernois, n. 15 ad art. 329d CO). Le contrat de travail, lorsque celui-ci est conclu par écrit, ainsi que les décomptes de salaires périodiques, doivent alors mentionner clairement et expressément quelle est la part du salaire global destinée à l'indemnisation des vacances (cf. ATF 129 III 493 consid. 3.2 et 3.3, 664 consid. 7.2). La simple indication selon laquelle l'indemnité afférente aux vacances est comprise dans le salaire total ne suffit pas; il faut que la part représentant cette indemnité soit fixée en pourcentage ou en chiffres (ATF 116 II 515 consid. 4a) et que cette mention figure aussi bien dans le contrat de travail s'il doit être conclu
par écrit, que dans les décomptes de salaire (ATF 129 III 493 consid. 3.3).
4.1.2 Aux termes de l'art. 2 al. 2 CC, l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. Le Tribunal fédéral a souligné que seules des circonstances tout à fait exceptionnelles permettent à l'employeur de se prévaloir d'un abus de droit, car il serait contraire à l'esprit de la loi de priver le travailleur, par le biais de l'art. 2 al. 2 CC, de la protection que lui accorde l'art. 341 al. 1 CO (ATF 129 III 618 consid. 5.2; 110 II 168 consid. 3c). Cette disposition prévoit que le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective. Comme on l'a vu, le droit au salaire afférent aux vacances revêt un caractère impératif. Ainsi, le fait pour le travailleur de n'avoir soulevé ses prétentions qu'à l'expiration des rapports de travail ne peut constituer, à lui seul, un abus de droit manifeste, sous peine de vider de son sens l'art. 341 al. 1 CO (cf. ATF 129 III 618 consid. 5.2).

Parmi d'autres cas, l'exercice d'un droit peut se révéler abusif si l'attitude de la partie qui agit contredit son comportement antérieur et que des attentes légitimes de l'autre partie s'en trouvent déçues. Le comportement de celui qui accepte d'abord de conclure une convention et qui, par la suite, en considération de règles impératives, excipe de l'invalidité de cette même convention, n'est cependant constitutif d'abus de droit que si des conditions particulières sont réalisées. Il faut par exemple que ce cocontractant ait proposé lui-même la conven-

tion contraire aux règles impératives, dans son propre intérêt et en connaissance de l'invalidité, de sorte qu'il a acquis un droit de façon déloyale; un abus peut aussi être réalisé lorsque l'intérêt protégé par les règles impératives n'existe plus, qu'il a été sauvegardé d'une autre manière ou que la partie invoquant ces règles a tellement attendu, avant de s'en prévaloir, qu'il est devenu impossible à l'autre partie de préserver ses propres intérêts. La partie qui reproche à l'autre un abus de droit doit prouver les circonstances particulières qui autorisent à retenir que l'invalidité de la convention est invoquée de façon abusive (ATF 129 III 493 consid. 5.1 et les références).
4.2 En l'espèce, la rémunération du demandeur consistait, d'une part, en un pourcentage des honoraires perçus et, d'autre part, en un montant fixe par jour de présence. En ce qui concerne les vacances, il n'a pas été établi que le demandeur aurait demandé ou bénéficié de vacances rémunérées durant son activité. Sur ce point, la défenderesse, qui considère les médecins employés comme des mandataires, indique du reste dans son écriture de recours que si le demandeur désirait prendre des "vacances", il ne percevait aucune rémunération à ce titre. Elle ajoute même que ce système, alternant périodes d'activité à périodes d'inactivité, est incompatible avec un quelconque "droit aux vacances". Il ressort de ces éléments que le demandeur pouvait prendre des vacances s'il le souhaitait, mais qu'il ne touchait aucune rémunération, ce qui est contraire à l'art. 329d al. 2 CO. Par ailleurs, il n'apparaît pas que la question de l'indemnisation des vacances ait été réglée par écrit, le contrat conclu par les parties ne contenant pas la moindre clause à ce sujet. Cela étant, les conditions nécessaires à l'inclusion de l'indemnité de vacances dans le salaire total ne sont manifestement pas réalisées et c'est à bon droit que la cour cantonale a
admis les prétentions du demandeur relatives au salaire afférent à ses vacances.

S'agissant de l'existence d'un abus de droit, rien n'indique en l'état que l'on soit en présence de circonstances exceptionnelles qui justifieraient de qualifier d'abusif le comportement du demandeur. Le fait que celui-ci ait exigé le salaire afférent à ses vacances seulement à la fin du contrat, alors qu'il n'avait jamais rien réclamé pendant la durée des relations de travail, n'a à cet égard aucune pertinence. En effet, la jurisprudence a clairement affirmé que l'écoulement du temps ne peut être interprété ni comme une renonciation du travailleur, ni comme le signe de son exercice abusif (ATF 126 III 337 consid. 7b et les arrêts cités; arrêt 4C.328/2004 du 12 novembre 2004, consid. 4.2). Ce résultat s'impose d'autant plus en l'état que le demandeur n'a fait l'objet d'aucune mise en demeure de son employeur. Il importe également peu que la rémunération du demandeur était élevée et que celui-ci disposait d'une totale liberté quant au temps qu'il désirait consacrer à son activité au sein de la société défenderesse, corrélativement au libre bénéfice de "vacances", dès lors que ces éléments n'enlèvent rien au fait qu'il n'est pas admissible d'inclure l'indemnité de vacances dans le salaire total du demandeur (Manfred Rehbinder/
Wolfgang Portmann, Commentaire bâlois, n. 1 ad art. 329d CO). Pour le surplus, en prétendant que le demandeur avait pleinement conscience du système incompatible avec un quelconque "droit aux vacances" auquel il a adhéré, la défenderesse fonde son argumentation sur des faits non retenus par l'instance inférieure et sur lesquels elle ne saurait valablement prendre appui. Enfin, force est de souligner qu'il est sans pertinence que le demandeur bénéficiait d'une rémunération qui lui était concrètement versée y compris durant ses périodes d'inactivité - tel qu'allégué par la défenderesse -, dès lors que celle-ci admet que le demandeur n'était payé que lorsqu'il exerçait une activité et ne l'était pas s'il choisissait de ne pas travailler. A cet égard, le raisonnement - peu clair - de la défenderesse relatif à la sauvegarde du "but de protection visé par l'art. 329d al. 2 CO" n'est pas à même de démontrer la réalisation d'un abus de droit.

Le grief est donc, sur ce point également, infondé.
5.
La défenderesse excipe enfin de la prescription s'agissant des prétentions du demandeur antérieures au 20 juin 1998.
5.1
5.1.1 A la fin des rapports de travail, l'employé a en principe droit au salaire afférent à ses vacances, peu importe que celles-ci aient été prises ou non (ATF 129 III 664 consid. 7.2 et les références).

Le droit aux vacances qui n'a pas été pris effectivement pendant les rapports de travail doit être converti, à la fin des rapports de travail, en une indemnité, dans la mesure seulement où ce droit n'est pas "prescrit" (sur la problématique de la "prescription" du droit aux vacances, cf. ATF 130 III 19 consid. 3.2). Conformément à

l'art. 339 al. 1 CO, cette prétention est exigible dès la fin des rapports de travail (sur la prescription de la créance salariale, cf. notamment Christiane Brunner/Jean-Michel Bühler/Jean-Bernard Waeber/Christian Bruchez, op. cit., n. 8 ad art. 329c CO et n. 4 ad art. 329d CO; Manfred Rehbinder/Wolfgang Portmann, op. cit., n. 1 ad art. 329d CO; Gabriel Aubert, op. cit., n. 30 ad art. 128 CO; Manfred Rehbinder, Commentaire bernois, n. 30 ad art. 341 CO; Adrian Staehelin, Commentaire zurichois, n. 19 ad art. 341 CO).

Lorsque les vacances sont effectivement prises en cours d'emploi, sans pour autant que le salaire correspondant ne soit versé, la question de la "prescription" du droit aux vacances ne se pose pas, seule celle de la créance salariale entrant éventuellement en ligne de compte (sur la prescription de la créance salariale, cf. notamment Manfred Rehbinder/Wolfgang Portmann, op. cit., n. 9 ad art. 341 CO; Christiane Brunner/Jean-Michel Bühler/Jean-Bernard Waeber/Christian Bruchez, op. cit., n. 8 ad art. 329c CO; Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6e éd. Zurich 2006, n. 8 ad art. 341 CO).
5.1.2 Il appartient à l'employeur, débiteur des vacances, de prouver que le travailleur a bénéficié des vacances auxquelles il avait droit en fonction de la durée des rapports de travail (arrêt 4C.230/1999 du 15 septembre 1999, consid. 4; Gabriel Aubert, op. cit., n. 7 ad art. 329a CO). Il lui appartient également de fixer à son employé la date des vacances et de se préoccuper, le cas échéant, que celui-ci les prenne conformément à l'art. 329c al. 1 CO (ATF 130 III 19 consid. 3.2).
5.2 En l'espèce, il a été retenu que le demandeur pouvait prendre des vacances s'il le souhaitait, mais qu'il ne percevait aucune rémunération. La défenderesse n'a toutefois pas établi - lors même qu'elle en avait le fardeau pour sauvegarder ses droits -, dans quelle mesure le demandeur a ou non bénéficié de vacances pendant les rapports de travail. Le droit aux vacances ne saurait dès lors être "prescrit" au détriment du demandeur - pas plus du reste que la créance salariale -, ce à plus forte raison qu'il ne ressort nullement du dossier que la défenderesse aurait, en vertu de son obligation d'assistance, dûment fixé à son employé la date des vacances, voire tout entrepris pour que le demandeur prenne celles-ci durant le laps de temps indiqué (cf. ATF 130 III 19 consid. 3.2). Il en découle que le demandeur a droit au salaire afférent à ses vacances - exigible dès la fin des rapports de travail -, tel qu'arrêté par l'instance cantonale, le calcul effectué par cette autorité n'étant pas remis en cause. Par conséquent, le grief de la défenderesse tombe à faux.
6.
Les considérants qui précèdent commandent le rejet du recours, dans la mesure où il est recevable.
7.
La valeur litigieuse dépassant 30'000 fr., la procédure n'est pas gratuite (art. 343 al. 2 CO). Dans la mesure où elle n'obtient pas gain de cause, la défenderesse acquittera l'émolument judiciaire et les dépens à allouer au demandeur (art. 156 al. 1 et 159 al. 1 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours est rejeté, dans la mesure où il est recevable.
2.
Un émolument judiciaire de 5'500 fr. est mis à la charge de la recourante.
3.
La recourante versera à l'intimé une indemnité de 6'500 fr. à titre de dépens.
4.
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 28 juin 2006
Au nom de la Ire Cour civile
du Tribunal fédéral suisse
Le président: La greffière: