



E _____
Dom. élu : Me N _____

12 _____

Monsieur T _____
Dom. élu : Me Philippe DUCOR
Avenue de Champel 8C
Case postale 385
1211 Genève 12

**Partie appelante et intimée sur
appel incident**

Partie intimée et appelante incidente

D'une part

D'autre part

ARRÊT

Du 12 janvier 2006

M. Christian MURBACH, président

MM. Bernard PICENNI et Mathias SCHMOCKER, juges employeurs

Mmes Claire DE BATTISTA TRELLES et Astrid JACQUOT, juges salariés

M. Thierry GAGLIARDI, greffier d'audience

EN FAIT

- A. a) Par acte mis à la poste le 6 janvier 2005, E _____ (ci-après : E _____) appelle du jugement, daté du 3 décembre 2004, notifié le 6 du même mois, rendu par le Tribunal des prud'hommes, la condamnant à payer à T _____ les sommes de, respectivement, fr. 113'575.45 brut (soit fr. 40'342.10 à titre de salaire dû pendant le délai de congé de trois mois et fr. 73'390.- à titre de rémunération pour vacances non prises) et fr. 37'240.- net (soit trois mois de salaire à titre d'indemnité pour licenciement immédiat injustifié), les deux montants avec intérêts à 5% l'an dès le 20 juin 2003.

E _____ conclut, principalement, à ce que la Cour de céans déclare les juridictions prud'homales incompétentes à raison de la matière pour connaître du litige, subsidiairement, à l'audition de témoins et au déboutement de sa partie adverse de toutes ses conclusions.

- b) T _____ conclut au rejet de l'appel.

Formant appel incident, il conclut à l'annulation du jugement entrepris en tant qu'il lui ne lui a accordé que la somme de fr. 37'240.- pour licenciement immédiat injustifié - au lieu du montant de fr. 74'479.95 ([recte : fr. 74'479.80] correspondant à six mois de salaire) qu'il réclamait à E _____ à ce titre - et, pour le surplus, à la confirmation de la décision querellée.

- c) E _____ conclut au rejet de l'appel incident et au déboutement de T _____ de toutes ses conclusions.

- B. Il résulte du dossier les éléments pertinents suivants :

a) E _____ est une société anonyme, constituée en 1987, dont le siège social se trouve à Genève. Elle a pour but d'assurer « toutes prestations médicales au chevet du patient ». A _____, médecin, en est l'administrateur unique, avec signature individuelle, et l'actionnaire majoritaire.

b) ba. A teneur de son « règlement » interne, E _____ « est un établissement médical, placé sous le contrôle et la surveillance d'un médecin-répondant. Il est dirigé par une direction administrative et une direction médicale dont la gestion est approuvée par le conseil d'administration ».

bb. Depuis 1999, E _____ présente « une structure de direction particulière puisque l'essentiel de ses tâches est attribué à la direction médicale sans que celle-ci ne veuille se responsabiliser vis-à-vis des conséquences financières » (Communication, du mois de septembre 2002, de

A _____, intitulée « A ceux qui veulent en savoir plus », effectuée dans le cadre de la société).

bc. Par circulaire du 5 septembre 2002, adressée aux membres du comité de direction de E _____, A _____ a notamment déclaré avoir décidé que « *la hiérarchie de l'entreprise doit être totalement respectée à l'avenir : le personnel de la centrale dépend de B _____ et des médecins de la direction médicale. Le lien entre ses deux structures se fait exclusivement par moi* ».

bd. Il ressort du procès-verbal de la « réunion de régulation » du 2 octobre 2002 que : « *Depuis l'abandon de Tarmed ce printemps, les perspectives financières de E__ ne sont plus bonnes. (...) il faut **obligatoirement**¹ augmenter le nombre de consultations (...). La direction ainsi que le syndicat des médecins a décidé qu'il fallait une meilleure discipline dans l'activité des médecins. C _____ a refusé de faire appliquer cette discipline. Il a alors décidé d'un commun accord avec A _____ de quitter ses fonctions de directeur médical le 1er octobre 2002* ». (...) *Le nouvel horaire proposé par le syndicat des médecins et accepté par A _____, 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 est 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* ». (...) *A _____ se refuse à ce que la centrale joue le rôle de délateur, car il pèse ensuite sur les régulateurs une pression inadmissible. Mais il ne veut pas que la centrale fasse de rétention d'information* ».

be. Le « règlement » de E _____ précité - dont l'art. 1 est intitulé « Les contrat de travail » - comportait notamment les dispositions suivantes :

« Il existe trois types de contrats :

- un contrat associé à une grille-horaire (médecins plein temps ou modulaires).
- un contrat sans horaires préétablis (médecins agréés).
- un contrat de gestion, destiné aux médecins qui, de manière permanente ou transitoire, assument des tâches administratives spécifiques au sein de E _____ » (art. 1.1).

« L'engagement des médecins est placé sous la responsabilité de la direction médicale. Tout engagement donne lieu à un contrat écrit qui inclut, notamment, le numéro d'ordre, le mode de revenu, l'horaire de travail et le règlement » (art. 1.2).

¹ En gras dans le texte

« Le directeur médical s'entretient avec chaque médecin et définit précisément son horaire annuel » (art. 1.4).

« Chaque médecin s'engage à effectuer l'horaire préétabli » (art. 1.5). « Chaque médecin fait ses choix dans une grille approuvée lors de l'assemblée des collaborateurs, en les exprimant auprès de la direction médicale » (art. 2.1). « Les médecins ayant une activité prédominante à E _____ ont des horaires de jour et de soirée durant la semaine, ainsi qu'également au moins « une nuit et une soirée de week-end toutes les quatre semaines » (art. 2.3).

« Les vacances que chacun souhaite prendre doivent être annoncées, par écrit, sur un formulaire ad hoc, 90 jours à l'avance et obtenir l'aval de la direction médicale par une contre-signature » (art. 2.5).

« Le contrat est réévaluable et renouvelable, d'année en année, par la direction médicale. Chaque année la direction propose une offre de travail en fonction de la progression de l'activité et des besoins de E _____, présentés et discutés au préalable au sein de l'assemblée des collaborateurs » (art. 1.6).

« Le contrat peut être interrompu, de part et d'autre, par une lettre de démission ou de congé pour justes motifs. Le préavis est de trois mois. Ce préavis peut être écourté pour des motifs exceptionnels, qui doivent être évalués par la direction ou en cas de faute grave susceptible d'entraîner l'éviction immédiate de la personne incriminée » (art. 1.7).

« Toute activité médicale effectuée en dehors de E _____ ne doit pas perturber les engagements initiaux ou le planning horaire préétabli » (art. 1.8).

« Le non-respect des règles fondamentales de l'éthique et de la déontologie médicale, la transgression des règles et des conventions de la société et les éventuelles fautes graves, avérées, commises même en dehors de E _____, peuvent entraîner des sanctions. Demeurent réservées les sanctions décidées par les autorités administratives ou judiciaires. L'appréciation du problème et les décisions qui en découlent sont du ressort de la direction médicale. Celle-ci peut alors envisager des sanctions vis-à-vis du fautif pouvant aller jusqu'à son exclusion de E _____ » (art. 1.9).

« Un véhicule, complètement équipé, est mis à disposition du médecin le temps de sa garde, sous sa responsabilité » (art. 3.1). « Une pharmacie, ainsi que du matériel médical divers, est à la disposition des médecins pour les seuls besoins des consultations effectuées dans le cadre de leur activité à E _____. Toute constatation de violation à cette règle peut donner lieu à des sanctions que la direction jugera opportunes » (art. 3.2). « Les communications par natel sont exclusivement réservées à l'usage professionnel » (art. 3.3).

« Toute consultation faite durant la période de garde fait l'objet d'une facture établie par E _____ au nom du médecin ayant effectué la prestation. On ne peut déroger à cette règle qu'avec l'accord d'un directeur médical » (art. 4.1). « Les salaires résultent directement de l'activité des consultations. Ils correspondent à un pourcentage des factures des actes médicaux effectués, une fois ces factures encaissées. Demeurent réservés les salaires découlant d'un contrat de gestion. De ce pourcentage est prélevée la part du salarié pour les différentes cotisations obligatoires aux assurances sociales» (art. 4.2).

« La consultation est faite selon les règles de l'art médical et dans le respect des principes de la déontologie que tout médecin doit appliquer en toute circonstance. Elle se complète, notamment, par une lettre au médecin traitant du malade » (art. 5.1). « A la fin de chaque horaire, le médecin apporte les fiches de consultation, correctement remplies, à la centrale. Elles sont accompagnées de la cassette contenant les rapports médicaux dictés et des indications nécessaires à la facturation » (art. 5.3).

Les assurances sociales obligatoires liées au revenu professionnel à la charge, totale ou partielle, de l'employeur sont l'AVS, l'AI, l'AC (assurance-chômage), l'AA (assurance accidents professionnels), les AF (allocations familiales), l'AM (assurance maternité obligatoire), la LPP (si l'activité professionnelle auprès de E_____ est supérieure à 50%) et l'APG (art. 6.1). Les assurances à la charge du médecin sont l'assurance maladie, l'assurance perte de gain, maladie et accident, la RC professionnelle ainsi que l'assurance complémentaire accidents (prestations privées) (art. 6.2).

La participation des médecins aux colloques mensuels était obligatoire (art. 7.4).

c) Chaque médecin nouvellement engagé par E_____ recevait un « livre bleu » contenant, notamment, les directives sur l'utilisation du matériel ainsi que les instructions quant à la manière de pratiquer l'art médical.

Ainsi, sous le chapitre « Les contraintes administratives de la consultation » (sous-chapitre : « Attribution et désignation des consultations »), il était indiqué que « *les régulateurs sont responsables de la répartition des consultations* », qu'« *en cas de problème particulier, administratif ou médical, le directeur administratif, respectivement médical, est responsable des directives de régulation. En cas de litige chacun doit se conformer à sa voie hiérarchique. Les points litigieux seront discutés par les directeurs médicaux, voire transmis au conseil d'administration, qui agira par sanctions administratives pouvant aller, le cas échéant, à un renvoi pour justes motifs. Les régulateurs transmettent toutes les indications qu'ils jugent nécessaires à la bonne marche du service* ».

Par ailleurs, il était précisé, s'agissant des consultations dans les hôtels, qu'il a été établi « *un règlement précis, visant à respecter les priorités d'horaires tout en assurant une répartition harmonieuse de ces interventions* ».

Dans le sous-chapitre « Tarification », il était mentionné que E_____ pratique les tarifs habituels, imposés par le Conseil d'Etat et que « *le tarif d'usage s'applique aux patients couverts par une assurance étrangers de voyages ainsi qu'aux patients étrangers de passage en Suisse. E_____ n'applique ce tarif que lors d'un encaissement direct de patients étrangers ou auprès de malades couverts par une assurance étrangère* ».

En outre, pour la facturation des patients de passage à Genève, étaient indiqués les principes qui devaient être appliqués en la matière, à savoir que « les encaissements directs », au chevet du patient, ne pouvaient se faire que pour les hôtes étrangers de passage et quelques patients dits « remarquables ».

économiques » et ce, en accord avec la centrale. Le service de la facturation était chargé du strict respect de ces règles. Afin d'établir une juste facture et d'assurer une unité de tarification auprès des patients étrangers (non confédérés) de passage, une consultation simple (c'est à dire sans examens complémentaires particuliers) devait être facturée entre fr. 150.- à fr. 200.- la journée et fr. 200 à 250.- la nuit.

Lorsque le patient logeant dans un hôtel n'avait pas de liquidités et désirait payer avec un traveller's chèque, le médecin devait inscrire le numéro de passeport et la raison sociale (E _____) au dos du traveller's chèque. En outre, si une consultation urgente devait être faite en dehors du canton et que le patient n'avait pas pu trouver un médecin de proximité, E _____ pouvait et devait intervenir, la facture étant établie selon le tarif genevois.

Sous le chapitre « Les contraintes médicales de la consultation », étaient dispensés des conseils pratiques avant la consultation, lors du déroulement de celle-ci (présentation du médecin, principes essentiels de communication, déroulement de la consultation, appréciation du climat psychologique lors des consultations pédiatriques) et à son terme (notamment, annoncer toujours à la centrale de E _____ les examens de laboratoire effectués, dicter chaque rapport immédiatement étant une bonne habitude plutôt que de tout dicter à la fin du travail).

La facturation des honoraires des médecins travaillant pour son compte était effectuée par E _____ qui mentionnait sur ses factures le nom du médecin intervenant. E _____ procédait également à l'encaissement des honoraires ainsi perçus.

d) da. T _____ est entré au service de E _____ 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. Le document qui lui a été transmis à cette occasion par E _____ était intitulé « contrat d'engagement » et prévoyait que la rémunération de T _____, « pour assumer des gardes dans l'établissement », consistait en les 42,25 % des honoraires encaissés « à la manière d'un mandat ». Le « règlement » de la société précitée était annexé au contrat.

Le travail médical quotidien d'un médecin engagé à E _____ comprenait la présence à la centrale impliquant une astreinte de garde de vingt-quatre heures, de 6h00 à 6h00 ; le médecin devait impérativement être atteignable pendant cette période et être présent à la centrale pour le travail de gestion aux heures de bureau.

Par ailleurs, le travail de gestion médicale comprenait : le rapport médical, l'introduction des diagnostics, les lettres de sortie après hospitalisation, l'impression des consultations sans rapport, l'établissement de certificats

médicaux et de décès, la gestion des patients remarquables, la transmission des résultats d'analyses du patient, la justification des procès-verbaux auprès de la police, la gestion des litiges (patients, médecins, assurances), ainsi que les absences des médecins, le courrier quotidien, de même que tous les problèmes liés à l'activité du jour ainsi que l'engagement en cas de surcharge majeure de la centrale.

Le week-end et les jours fériés, hormis la présence à la centrale aux heures de bureau, les tâches étaient les mêmes que le travail de gestion médicale susmentionné.

db. A compter du 1^{er} octobre 1999 T _____ a également été nommé par E _____ directeur médical adjoint, fonction qu'il a exercée jusqu'à son licenciement immédiat de fin janvier 2003, à raison de 13.1 jours par mois en moyenne.

A ce titre, l'intéressé a touché une rémunération fixe de 400 fr. par jour de présence dans les locaux de E _____, montant passé, dès le 1^{er} janvier 2003, à 800 fr. par jour.

Le « contrat d'engagement » transmis l'intéressé à cette occasion était du même type que celui de septembre 2002 susmentionné.

Le travail de T _____ en tant que membre de la direction médicale de E _____ consistait, en substance, 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, ce qui impliquait, en particulier, la préparation de colloques internes et de cours pour les ambulanciers et les médecins.

Sans avoir été démenti sur ce point, T _____ affirme avoir dû, au cours du printemps 2002, participer à un séminaire de deux jours à Morat animé par un consultant que E _____ avait mandaté « aux fins d'optimiser les performances de ses employés », ceux-ci ayant été personnellement évalués par le consultant qui a rendu compte de ses conclusions à A _____ dans un rapport écrit (mémoire de réponse à l'appel, p. 7 ch. 25).

dc. La rémunération versée par E _____ à T _____ était qualifiée de « salaire », dont étaient déduites les contributions sociales. T _____ était par ailleurs assuré auprès de la fondation de prévoyance pour le personnel des médecins et des vétérinaires et était considérée comme employé de E _____. Les revenus de T _____ ont été imposés par l'administration fiscale en tant qu'activité lucrative dépendante.

Le dernier salaire annuel brut versé à T _____ s'est élevé à 148'959.90 fr.

dd. A la fin des années 1999, 2000, 2001 et 2002, E _____ a établi, à l'intention du fisc, un « certificat de salaire » de T _____ mentionnant le total du salaire brut versé, les retenues effectuées sur ledit salaire brut ainsi que le salaire net.

e) ea. Par courrier du 22 janvier 2003, A _____ a informé T _____ que, selon une « rumeur persistante » il exerçait « *une activité privée médicale concurrente* » à celle de E _____, de sorte qu'il était prié de présenter son véhicule privé exempt de toutes marques professionnelles avant le 28 janvier 2003, faute de quoi, la rumeur serait « considérée comme fondée et le code des obligations appliqué ».

eb. T _____ a répondu à E _____, par courrier du 27 janvier 2003, qu'il n'avait pas l'intention de donner suite à ses exigences qui étaient intégralement contestées. Il a également expliqué que les services proposés par son cabinet médical privé étaient distincts de ceux offerts par E _____ et que les inscriptions publicitaires s'y rapportant n'étaient, dès lors, pas susceptibles de nuire à l'activité de la société.

f) fa. Par pli du 29 janvier 2003, E _____, sous la signature de A _____, a signifié à T _____ son « *licenciement avec effet immédiat pour justes motifs* », lui reprochant des graves manquements à ses devoirs vis-à-vis de son employeur, notamment la mise en place d'un « *système de consultation à domicile avec un véhicule équipé pour l'urgence sans en informer* » son employeur.

fb. Par l'intermédiaire de son avocat, T _____ a fait opposition à ce licenciement le 14 février 2003, invoquant aussi bien sa tardiveté que l'absence de justes motifs.

g) Le 20 février 2003, E _____ a rempli et signé à l'attention de l'assurance chômage, une « attestation de l'employeur » dans laquelle il est indiqué, sous la rubrique « rapports de travail », que T _____ a été « employé » à plein temps, du 1^{er} octobre 1998 au 29 janvier 2003, en qualité de médecin avec un horaire normal de travail en vigueur dans l'entreprise de 40 heures par semaine, avec la précision, sous la rubrique « Résiliation du rapport de travail », que c'était l'« employeur » qui avait résilié le contrat dans le délai de congé légal, « pour justes motifs ».

h) Les témoignages recueillis, tant en première instance (deux témoins entendus) qu'en appel (auditions de huit témoins) ont mis en évidence les éléments pertinents suivants :

D _____, médecin qui est au service de E _____ depuis quinze ans, a indiqué qu'il y avait « une chaîne de commande hiérarchique bien définie » et

que le directeur de la société leur imposait des horaires de travail établis en fin d'année pour toute l'année suivante, les médecins ayant, par ailleurs, l'obligation de travailler un certain nombre de nuits. Les vacances devaient être annoncées trois mois à l'avance et il y avait «un horaire cadre annuel». En cas d'indisponibilité, le médecin empêché devait trouver un remplaçant. A partir de 2002, A _____ avait «proposé, avec une forte insistance, l'horaire égalitaire, à savoir des tournus d'horaires rigides, qui, en définitive, n'avaient pas été appliqués, compte tenu de la résistance des médecins. Ces derniers, par la suite, avaient proposé une grille-horaire dans laquelle il y avait un «horaire d'astreinte», soit trois tournus d'horaire couvrant les 24 heures, un médecin étant désigné en plus afin de répondre à des besoins exceptionnels de 7h00 à 23h00. A partir de l'automne 2002, les médecins avaient été de plus en plus engagés dans «l'horaire d'astreinte», en raison du manque d'effectifs. Il n'avait pas reçu d'ordre sur le plan de son activité médicale de la part du directeur. En revanche, durant les premières années, il avait subi des remontrances concernant sa pratique de la médecine jusqu'à ce que le Dr. C _____ soit nommé directeur médical et qu'il ne lui donne plus d'ordres sur ce plan-là. La centrale téléphonique indiquait aux médecins les patients qui devaient être visités ; dans les cas extrêmes, il était possible de refuser d'aller rendre visite à ses patients pour des raisons de déontologie médicale. Les visites de patients à titre particulier de la part du médecin avec du matériel de E _____ étaient tolérées ; il avait déjà effectué ce genre de visites avant l'arrivée du Dr C _____.

C _____, qui a travaillé pour E _____ de 1988 à fin 2002, a déclaré avoir tout d'abord œuvré en tant que médecin chargé de consultations. Dès 1995, il avait assumé la fonction de directeur médical, s'occupant, notamment, des directives médicales fournies aux médecins - soit celles devant être respectées par tous praticiens et discutées auparavant avec l'administrateur de la société -, de l'application du planning horaire, de l'imposition aux médecins - décidée par l'administrateur de E _____ - de la prise en charge de certaines catégories de patients, de l'établissement, avec la participation de l'intéressé, de ces directives qui avaient été préalablement discutées avec l'administrateur de la société, d'un cahier des charges destiné à chaque directeur médical, de l'évaluation du personnel et des médecins lors de réunions prévues à cet effet, réunions auxquelles il était obligatoire de participer. Les dernières réunions avaient eu pour but de lui demander d'obtenir un rendement économique précis, soit par exemple 18% de chiffre d'affaires en 2003, avec l'indication que son salaire serait diminué en conséquence s'il n'obtenait pas ce résultat.

Le témoin a précisé que ses relations avec la société avaient commencé à se dégrader à partir du moment où avait été imposé un rendement économique au directeur médical. S'agissant de son temps de vacances, il a précisé avoir eu des périodes d'activité intense qui lui avaient permis de planifier de longues périodes de «non-travail».

C _____ a confirmé, lors de son audition par la Cour de céans, ses

déclarations de première instance, précisant que, pour travailler au sein de E _____, il fallait effectuer mensuellement un quota de gardes de nuit qui pouvait varier entre une à deux fois par mois et, qu'à sa connaissance, il n'y avait pas de grille-horaire des collaborateurs de la société sans contraintes de nuit, sauf cas particulier, par exemple de maladie.

F _____, qui a travaillé pour E _____ en tant que régulatrice du 1^{er} janvier 1993 à fin 2004, a déclaré avoir, au bout d'un certain temps, été chargée de la formation des régulateurs et qu'il lui était arrivé également de remplacer le responsable de la centrale d'appels de E _____, B _____. Elle a déclaré qu'elle avait pu donner des instructions d'ordre organisationnel aux médecins, y étant même incitée par son supérieur hiérarchique. Il existait une hiérarchie médicale avec une structure et elle avait reçu comme instruction de signaler les dysfonctionnements qui survenaient avec le travail des médecins. Parfois A _____ intervenait à la radio lors de conversations entre les médecins et la centrale, notamment pour donner à ceux-ci des instructions d'ordre médical. Elle savait que A _____ envisageait de prendre des sanctions contre les médecins qui ne « fonctionnaient pas comme il le voulait ». Le témoin a également déclaré que, lorsqu'il y avait beaucoup de travail, il lui incombait de contacter les médecins pour permettre à la société de remplir ses tâches et qu'il lui était arrivé de donner des instructions d'ordre géographiques aux médecins, notamment pour gagner du temps.

B _____, qui a travaillé pour E _____ de mars 1998 à septembre 2004, a indiqué avoir un « grand différend financier avec E _____ », mais n'avoir pas encore intenté d'action en justice. Au début de son engagement, il avait la fonction de téléphoniste de la centrale et avait fini comme directeur des ressources humaines et chef de l'informatique. La centrale de régulation de la société était également sous sa responsabilité. De par sa fonction, il assistait aux réunions de direction aux cours desquels il arrivait que les injonctions de rendements soient émises par A _____.

G _____, qui a travaillé pour E _____ trois mois en 1998, puis, du 1^{er} octobre 2000 au 30 novembre 2004, a indiqué avoir également assumé durant deux ans, la fonction administrative de directeur médical. Il a indiqué que, lorsqu'il travaillait comme simple médecin, il avait reçu des ordres de nature médicale - soit, non pas des directives thérapeutiques, mais celles consistant à ne pouvoir refuser de visiter certains patients chez lesquels il ne désirait pas se rendre - et administrative. On lui avait également très souvent demandé d'effectuer des heures supplémentaires, ce qui lui était très difficile de refuser, ayant subi, à cet égard, des pressions allant jusqu'à la menace de la suppression du véhicule de service, voire de son poste même. Il était libre de prendre ses vacances quand il le désirait, sauf pour les périodes de fin d'années, précisant qu'il devait annoncer lesdites vacances trois mois à l'avance et que celles-ci devaient être avalisées par la direction.

H _____, médecin indépendant et collaborateur de E _____ depuis une quinzaine d'années, a déclaré effectuer pour cette société un certains nombres d'heures tout en exploitant un cabinet médical privé. Il était entièrement libre de décider des actes médicaux à accomplir lorsqu'il travaillait pour E _____, ce qui n'empêchait pas que ses interventions fassent l'objet de critiques tant de A _____ que de ses confrères. Il estimait être entièrement responsable des actes médicaux qu'il accomplissait. Il avait des grilles-horaires à respecter pour que la société puisse fonctionner normalement, grilles au sujet desquelles « nous sommes consultés longtemps à l'avance ». Pour sa part, il devait travailler mensuellement trois nuits et un week-end. Il avait la possibilité d'accepter ou de refuser une grille-horaire, mais si ce refus devait durer trop longtemps, soit plusieurs semaines ou plusieurs mois, il pensait qu'on lui aurait demandé de quitter la société. Actuellement, il était de garde pour E _____ le mercredi soir, trois fois par mois et avait renoncé à travailler pour la société durant le week-end. Il avait également la possibilité de se faire remplacer par un collègue s'il ne souhaitait pas assumer une garde ; c'était toutefois à bien plaie entre confrères, mais il n'était pas obligé, par rapport à E _____, de compenser cette garde.

Le témoin a également déclaré que son activité au sein de E _____ ne l'empêchait pas de prodiguer, pour son propre compte, c'est-à-dire dans le cadre de son activité de médecin indépendant, des soins d'urgence à domicile, avec la précision qu'il ne fallait toutefois pas que « cela entre en collision avec ses horaires lorsqu'il travaillait pour E _____ ». A sa connaissance, il n'y avait aucunes règles écrites, l'empêchant de continuer à s'occuper des patients, que ce soit en urgence ou pas, qu'il avait connus dans le cadre de son activité pour E _____.

I _____, également médecin, a expliqué travailler depuis seize ans environ pour E _____, et exploiter, parallèlement, un cabinet indépendant. Il travaillait pour la société une nuit par semaine, trois semaines par mois et avait le choix de ses horaires de garde. A ce sujet, il s'était toujours arrangé avec ses collègues. Il n'avait pas l'impression que son travail au sein de E _____ était différent que celui qu'il exerçait comme praticien indépendant. Il était possible qu'il existe des directives en matière d'urgences, mais, pour sa part, il ne s'y était jamais référé et s'était toujours reporté aux directives de l'art médical. Il s'estimait responsable des actes médicaux qu'il accomplissait d'une manière égale lorsqu'il exerçait au sein de E _____ ou dans son cabinet privé. Il pouvait effectivement « imaginer » que son expérience professionnelle de médecin de garde de nuit pouvait être différente de celle exercée à plein temps par les médecins qui oeuvraient au sein de E _____.

J _____, médecin, a déclaré travailler pour E _____ depuis le mois d'octobre à 1987, et ce à mi-temps, à raison d'environ vingt heures par semaine. Elle n'exploitait pas de cabinet médical privé. Comme le choix des horaires s'effectuait par ordre d'entrée des médecins au sein de la société et

qu'elle était la plus ancienne, elle n'avait jamais rencontré de problèmes au sujet du choix de ses horaires. Tous ses collègues discutaient de la grille-horaire et n'appliquaient pas de directives médicales émanant de la société. Chaque intervention à l'égard d'un patient impliquait l'établissement d'un rapport par le médecin concerné qu'il adressait au médecin traitant dudit patient et c'est le médecin chef de E_____ qui signait ce rapport, et, cas échéant, en discutait avec son auteur. A sa connaissance, il n'y avait pas de sanctions de la part de E_____ en relation avec les actes médicaux accomplis.

K_____, qui travaille au sein de E_____ en tant que coordinatrice administrative depuis le mois d'août 2003, a déclaré que chaque année, les médecins remplissaient une grille-horaire selon leur ancienneté et qu'il n'y avait pas de minima et de maxima à ce sujet, les intéressés ayant une liberté totale dans leur choix. En cas d'empêchement d'un médecin de prendre la garde qu'il avait choisi à une occasion ou à une autre, celui-ci essayait tout d'abord de s'arranger avec l'un de ses confrères et, s'il n'y arrivait pas, prenait contact avec son service qui tentait, dans la mesure du possible, de lui trouver un remplaçant.

Lors de leurs auditions, les témoins J_____ et K_____ ont admis avoir eu, au mois de mai 2005, une réunion avec l'avocat de E_____, N_____, dans les locaux de la société, et ce avec les témoins I_____ et H_____. J_____ a déclaré qu'à cette occasion, il leur avait été dit qu'il fallait qu'ils se rappellent des termes des contrats qu'ils avaient signés avec E_____ et qu'avait également été abordée la question des horaires, qui était directement liée à ces contrats.

K_____ a précisé qu'après avoir appris par Me N_____ qu'elle était susceptible, ainsi que d'autres médecins de la société, d'être entendue comme témoin dans la présente affaire, elle en avait discuté avec la Dresse J_____ et avait pris l'initiative de demander à l'avocat de la société des informations au sujet de la procédure devant la Cour de céans. Lors de cette réunion avaient été également abordées les questions « des souvenirs qu'avaient les médecins présents liés aux événements qui avaient conduit au départ de MM T_____ et L_____ ». Me N_____ ne leur avait pas donné de directives.

i) La cause a été gardée à juger à l'issue de l'audience de la Cour de céans du 28 septembre 2005.

Les arguments des parties ainsi que les pièces qu'elles ont produites seront examinées, dans la mesure utile, ci-dessous.

EN DROIT

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.
2. **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).

2.2. Pour sa part, l'intimé affirme qu'il avait 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.

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 ce

que le salaire permet au travailleur d'assurer sa subsistance (SJ 1990, p. 185 ; STAHELIN, 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 contrat individuel de travail, 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).

2.4. 2.4.1. En l'espèce, et contrairement au litige dont avait eu a 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 annexés 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.

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 même de poste.

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 son emploi du temps comme bon lui semblait. A cet égard, la situation des témoins H_____ et I_____, 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 H_____ 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 de 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 A_____ 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 A_____, et (est) entré en vigueur le 1^{er} octobre 2002. Cet horaire 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 B_____ 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.

3. **3.1.** L'appel de E _____ porte sur sa condamnation à verser à son ex-employé la somme de fr. 73'390. 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.

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.

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 I, Commentaire romand, 2003 paragraphe 7 ad art.329 a CO, p. 1736).

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. 73'390., ni la méthode de calcul utilisée pour aboutir à ce chiffre - dont le calcul a, au demeurant, a été correctement effectué -, le jugement entrepris sera également confirmé sur ce point.

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 _____.

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/BRUCHEZ, 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).

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 T_____, 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.

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 nom de la commune de _____ ainsi que des drapeaux de cette commune et de la Suisse (cf. PV de CP du 29 juin 2005, p. 2).

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 H _____).

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 A _____ 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.

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.
6. **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 trois mois de salaire (fr.37'240.-), 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.74.479.80).

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.

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).

6.3. En l'occurrence, les parties ont été liées contractuellement durant un peu plus

de 6 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 1961, 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 trois 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.

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.

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.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 5,

A la forme :

- Déclare recevables les appels tant principal qu'incident interjetés, respectivement, par E _____ et T _____ contre le jugement du 3 décembre 2004, notifié le 6 du même mois, rendu par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/12715/2003 – 5.

Au fond :

- Rejette lesdits appels et confirme le jugement entrepris.
- Laisse à la charge de chacune des parties l'émolument d'appel dont elle s'est acquittée.
- Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président