

# **GE\_GERICHTE CAPH/99/2008 vom 31. Mai 2008**

GE Cour de justice, 2008-05-31, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_CAPH\\_99\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_CAPH_99_2008)

FR: GE\_GERICHTE CAPH/99/2008 du 31 mai 2008

IT: GE\_GERICHTE CAPH/99/2008 del 31 maggio 2008

## **Regeste**

Résumé: Les questions qui se posent dans le présent arrêt sont essentiellement celles de l'existence ou non d'un lien de subordination entre les parties et, le cas échéant, l'existence ou non d'un contrat de travail. La Cour rappelle à ce sujet que le rapport de subordination présuppose que le travailleur soit soumis à l'autorité de l'employeur pour l'exécution du contrat, du point de vue personnel, fonctionnel et économique. En outre, en l'espèce, le fait que E ait intitulé l'engagement de T en tant que médecin, contrat de « travail » n'est pas déterminant, car il convient de ne pas s'arrêter aux dénominations utilisées par les parties (art. 18 CO), ce d'autant plus que E a aussi indiqué que T était rémunéré « à la manière d'un mandat ». Finalement, la Cour constate que les modalités adoptées concernant la mise à disposition de leur temps par les médecins sont incompatibles avec les caractéristiques du contrat de travail, dans lequel l'employé doit en principe mettre tout son temps à disposition de l'employeur et surtout ne peut pas décider unilatéralement de son taux d'activité. Or, T a au contraire librement pu réduire progressivement son taux d'activité. S'agissant du mode de rémunération, T percevait le 45% des honoraires encaissés découlant de ses consultations et des actes médicaux effectués. Dans cette mesure, son activité était rémunérée non pas en fonction de la mise à disposition de son temps mais bien des prestations fournies, comme c'est le cas dans le mandat. Partant, la Cour conclut que les parties n'étaient pas liées par un contrat de travail, faute notamment et essentiellement d'un lien de subordination. Le jugement entrepris, qui admet le défaut de compétence de la Juridiction prud'homale à raison de la matière et qui déclare la demande irrecevable, est donc confirmé.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Déposé selon la forme et dans le délai prescrits par l'art 59 LJP, l'appel est recevable.

### **E. 2**

Les premiers juges ont correctement exposé les principes applicables pour résoudre la question de savoir si les parties étaient liées ou non par un contrat de travail au sens de l'art. 319 CO, contrat qui comporte une prestation personnelle de travail ; la mise à disposition par le travailleur de son temps pour une durée déterminée ou indéterminée.

Le travailleur est en particulier tenu d'exécuter personnellement les services que l'employeur attend de lui ; il ne peut se faire remplacer par un tiers sans l'accord de l'employeur ; empêché de travailler, il n'est pas tenu de se faire remplacer (TERCIER, Les contrats spéciaux, 2ème éd., n. 2587). Le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et ce dernier à lui ver-

Juridiction des prud'hommes

\* COUR D'APPEL \*

ser le salaire fixé après le temps où le travail a été fourni (art. 319 al. 1er CO). Ce salaire peut être fixé d'après le temps (à l'heure, à la journée, à la semaine, au mois etc.) ou selon le travail fourni (salaire aux pièces, à la tâche, à la commission etc.). Ce critère distingue le contrat de travail du contrat de mandat ou du contrat d'entreprise en ce sens que, dans le cadre de ces derniers, la rémunération du mandataire ou de l'entrepreneur rétribue l'activité ou l'ouvrage mêmes, et non pas seulement la mise à disposition de temps (cf. AUBERT, Code des obligations I, Commentaire romand, 2003, § 16 ad art. 319 CO, p. 1675).

3.1. La question qui se pose dans le présent litige est essentiellement celle de l'existence ou non d'un lien de subordination entre les parties et à ce propos les principes suivants méritent d'être rappelés.

Le travailleur, contrairement au mandataire, est tenu de se soumettre aux instructions de l'employeur, à qui il doit, en principe, tout son temps (REHBINDER, Berner Kommentar, n. 49 ad art. 319 CO ; TERCIER, Les contrats spéciaux, 2ème éd., n. 3943 et les références citées ; voir aussi l'ATF 112 II 41 consid. 1a/aa, p. 46).

Elément primordial dans la qualification du contrat de travail, ce rapport de subordination présuppose que le travailleur est soumis à l'autorité de l'employeur pour l'exécution du contrat, du point de vue personnel, fonctionnel et économique. La dépendance personnelle réside en ceci que le travailleur s'engage à développer une activité dont la nature, l'importance, les modalités et l'exécution ne sont souvent déterminées que de manière très générale dans le contrat de travail et doivent être précisées et concrétisées par le biais d'informations et d'instructions particulières, données au fil du temps par l'employeur. Le travailleur s'engage ainsi à respecter les instructions et avis de l'employeur, et à se soumettre aux mesures de supervision que celui-ci ordonne. La notion de rapport fonctionnel implique le fait que le travailleur est incorporé dans l'entreprise de l'employeur et se voit attribuer une position déterminée au sein de son organisation. La dépendance économique réside, quant à elle, en ceci que le salaire permet au travailleur d'assurer sa subsistance (SJ 1990, p. 185 ; STAEHELIN, Zürcher

Juridiction des prud'hommes

\* COUR D'APPEL \*

Kommentar, n. 27 à 30 ad art. 319 CO ; AUBERT, op.cit. §§ 6 à 13 ad art. 319 CO, p. 1674 ss; REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 1988, p. 30, ch. 2).

L'existence du rapport de subordination doit être appréciée à la lumière de faits matériels et de critères formels. Les faits matériels 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 critères 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). 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 ; WYLER, Droit du travail 2002, p. 43 et ss). En effet, en application de l'article 321a al. 3 CO, pendant la durée du contrat, le travailleur ne doit pas accomplir du travail rémunéré pour un tiers dans la mesure où il lèse son devoir de fidélité et, notamment, fait concurrence à l'employeur. L'activité accessoire rémunérée déployée pour le compte d'un tiers ou en qualité d'indépendant est prohibée chaque fois que le travailleur fait concurrence à son employeur principal. Il y a concurrence lorsque, dans son activité accessoire, le travailleur offre des prestations de même nature, satisfaisant le même besoin, auprès d'un cercle de clients en tout ou en partie identique et qu'il peut, de ce fait, causer un préjudice économique à son employeur principal (BRUNNER /BUHLER / WAEBER / BRU- CHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3ème éd., n. 8 ad art. 321 a CO).

3.2. Pour déterminer si un rapport de subordination existe, il convient d'examiner l'ensemble des circonstances concrètes et examiner en particulier si le débiteur de la prestation caractéristique est intégré dans l'entreprise du créancier, si des directives et des instructions contraignantes (art. 321d CO) lui sont données pour l'accomplissement de son travail. Sur ce point, on relèvera que, dans le mandat comme dans le contrat de

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/15004/2006 - 5 - 18 -

\* COUR D'APPEL \*

travail, le créancier de la prestation caractéristique peut donner des instructions contraignantes et que le débiteur a le devoir d'avertir le créancier si les instructions ne permettent pas d'atteindre le but poursuivi, étant toutefois précisé qu'il est tenu d'agir conformément aux instructions, même s'il les estime inappropriées (ATF du 6 mars 2000 en la cause 4C.331/1999, et les références citées). Le mandataire quant à lui, tout en suivant les instructions du mandant, agit indépendamment et sous sa seule responsabilité. Le travailleur n'agit pas de manière indépendante, mais pour le compte et sous la responsabilité de l'employeur (TERCIER, op.cit. n° 3943 et les références citées).

4.1. Dans son examen de la nature du contrat litigieux, au vu des principes qui viennent d'être rappelés, la Cour ne se fondera pas sur le cas des deux médecins dont le dossier a été examiné par le Tribunal fédéral; leur situation au sein de l'intimée différait en effet notablement de celle de l'appelant, en ce que ces derniers exerçaient, en sus de leur activité de médecin, des tâches administratives et de direction pour l'intimée. Ce cahier des charges exclut donc que des comparaisons soient utilement opérées avec le présent cas, en raison précisément de son caractère de mixité. En raison de cette mixité par ailleurs, il est inutile de procéder à des enquêtes devant la Cour – qui du reste auraient déjà pu être requises en première instance, vu les offres de preuve des parties – pour déterminer dans quelle proportion ces deux médecins consacraient leur temps aux tâches administratives et de direction d'une part, et à leurs activités de médecin d'autre part.

4.2. En l'espèce, le fait que l'intimée ait intitulé l'engagement du demandeur contrat de « travail » n'est pas déterminant, car il convient de ne pas s'arrêter aux dénominations utilisées par les parties (art. 18 CO), ce d'autant plus que la précitée a aussi indiqué que le demandeur était rémunéré « à la manière d'un mandat ».

L'appelant devait assurer des consultations médicales au domicile des patients qui appelaient la centrale téléphonique de l'intimée. Il accomplissait ainsi une prestation qui peut être qualifiée de personnelle, positive, de nature intellectuelle et physique et qui, partant, pouvait relever aussi bien du contrat de travail que du mandat, étant incidemment rappelé qu'en principe la relation qui lie le médecin à son patient est qualifiée – elle – de con-

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/15004/2006 - 5 - 19 -

\* COUR D'APPEL \*

trat de mandat. Et dans le cadre de la relation contractuelle entre les parties au présent litige, comme il sera examiné ci-après, l'appelant s'est vu concéder et a manifestement bénéficié d'une très grande liberté dans l'organisation de son temps, contrairement au cas du travailleur, qui est tenu au strict respect des horaires convenus.

L'obligation impérative imposée à l'appelant de se rendre chez le patient en cas d'urgence découle certes des engagements pris par ce dernier envers l'intimée, et dans cette mesure elle pourrait constituer un élément de subordination. Toutefois, comme l'ont avec raison indiqué les premiers juges, cette nécessité d'intervention auprès du patient en cas d'urgence relève avant tout du serment prêté par le médecin et partant, de l'éthique professionnelle bien plus que du respect d'une clause contractuelle. Il en va de même pour la prise en considération des indications figurant dans le livret bleu remis aux médecins, et qui, contrairement à ce que soutient l'appelant, ne constituent pas un indice du lien de subordination auquel il prétend avoir été soumis. Ce document représente un instrument de travail, comportant des informations de diverse nature, administrative, aide-mémoire pour les actes à accomplir dans les situations d'urgence, rappel des dernières évolutions techniques, etc., le tout étant essentiellement destiné à assurer aux patients les meilleurs soins possibles.

4.3. Les horaires des gardes effectuées par l'appelant étaient définis par lui avec une grande liberté, puisqu'ils étaient établis par l'assemblée des collaborateurs dont faisait partie l'appelant, qui approuvait la grille horaire proposée par la direction et dans laquelle ce dernier pouvait ensuite faire ses choix, en fonction de son degré d'ancienneté. Les médecins s'engageaient certes contractuellement à respecter l'horaire ainsi déterminé, mais la manière participative dont cet horaire avait été prédéfini réduit notablement l'élément de subordination. Il faut de surcroît rappeler que ce type d'organisation découle du fonctionnement même d'une structure qui doit intervenir dans l'urgence et qui tend à assurer au mieux les interventions auprès des patients.

D'autre part, l'appelant ne mettait pas tout son temps à disposition de l'intimée puisqu'il exerçait d'autres activités. Il déterminait ainsi lui-même, d'année en année,

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/15004/2006 - 5 - 20 -

\* COUR D'APPEL \*

unilatéralement, son taux d'activité et ses disponibilités pour l'intimée. La durée de ses vacances ou de ses absences n'était pas spécifiquement règlementée et en tous cas pas limitée. L'aval de la direction était nécessaire pour la prise de vacances mais en pratique il suffisait, pour que les médecins puissent s'absenter ou prendre des vacances, qu'ils aient

trouvé un remplaçant. L'instruction a du reste révélé que jamais l'intimée n'avait eu à s'opposer à ce mode de faire. Il ressort des pièces produites par l'intimée, dont l'appelant admet la teneur, que notamment entre 1996 et 2003, ce dernier a librement aménagé à son profit des périodes sans gardes oscillant entre huit et quatorze semaines par année, dont plusieurs périodes d'un mois consécutif. Cette situation apparaît totalement inhabituelle, pour ne pas dire exorbitante, dans le cadre d'un contrat de travail. Il n'est au demeurant pas sérieux de venir soutenir, comme l'appelant l'a fait devant la Cour d'appel, que ce système était précaire pour lui en ce qu'il ne lui permettait ni de s'organiser à l'avance pour partir ni de bénéficier de longues périodes de repos. Aucune rémunération n'était prévue pour ces périodes-là, puisque l'une des caractéristiques du contrat était que le médecin était exclusivement rétribué en fonction des honoraires encaissés et non en fonction du temps consacré à son activité. Il sera revenu plus loin sur cette question de la rémunération. Il sied d'ores et déjà de relever que, de manière inexplicée, l'appelant n'hésite pas à réclamer à la fois un salaire afférent aux vacances (art. 329d al. 1 CO) et une indemnité pour des vacances auxquelles il estime avoir eu droit mais qu'il n'aurait pas prises.

Au vu des éléments ci-dessus retenus, il apparaît que les modalités adoptées par l'intimée concernant la mise à disposition de leur temps par les médecins sont incompatibles avec les caractéristiques du contrat de travail, dans lequel l'employé doit en principe mettre tout son temps à disposition de l'employeur et surtout ne peut pas décider unilatéralement de son taux d'activité. L'appelant a au contraire librement pu réduire progressivement son taux d'activité. Cet évolution peut être observée de manière précise, car le chiffre d'affaires annuel découlant de son activité au sein de l'intimée a passé de 321'037 fr. en 1990 à 97'651 fr. 45 en 2002 et à 77'773 fr. pour la période du 1er janvier au 30 septembre 2003, alors que, parallèlement, l'appelant exercé de manière croissante et librement, une activité dans son cabinet privé. Cette situation n'a au demeurant

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/15004/2006 - 5 - 21 -

\* COUR D'APPEL \*

posé aucun problème à l'intimée, dès lors qu'aucune prohibition de concurrence n'était imposée à l'appelant.

4.4. La participation des médecins aux colloques mensuels organisés par l'intimée n'était pas obligatoire jusqu'en 1996 et elle ne l'est devenue que par la suite, après discussion en assemblée des collaborateurs, et selon le souhait exprimé par les médecins eux-mêmes. Cette évolution dans l'organisation, qui paraît essentiellement répondre à un souci de maintien des compétences et d'échange de l'information, n'est ainsi pas déterminante s'agissant du lien de subordination.

La direction était habilitée à prendre des sanctions (modifications d'horaire, avertissement, mise à pied temporaire, ou exclusion) en cas de violation des règles fondamentales de l'éthique et de la déontologie médicale, de violation des règles de l'établissement ou de faute grave. Cet élément, qui confère un caractère contraignant à la relation contractuelle entre les parties, ne permet toutefois pas non plus de conclure à l'existence d'un contrat de travail, au vu des éléments qui vont suivre, et étant encore rappelé que dans le cadre du mandat le mandataire est aussi habilité à donner des instructions obligatoires à son mandant et qu'il peut révoquer le mandat en tout temps notamment si ces instructions ne

sont pas respectées (art. 404 al. 1 CO). Il ressort d'ailleurs du dossier que l'intimée n'a, en dix-huit ans d'activité, jamais eu à prendre de sanctions à l'encontre de l'appelant concernant son activité.

4.5. S'agissant du mode de rémunération, l'appelant percevait le 45% des honoraires encaissés découlant de ses consultations et des actes médicaux effectués. Dans cette mesure, son activité était rémunérée non pas en fonction de la mise à disposition de son temps mais bien des prestations fournies, comme c'est le cas dans le mandat, même si par ailleurs la rémunération était soumise aux déductions légales usuelles. L'intimée en effet s'est conformée à cet égard à la prise de position des autorités judiciaires administratives, qui considèrent l'activité du médecin comme dépendante sous l'angle des assurances sociales. La convention passée entre les parties spécifiait que le médecin ne percevait sa rémunération que si les honoraires étaient encaissés et non pas du seul fait

Juridiction des prud'hommes

Cause n° C/15004/2006 - 5 - 22 -

\* COUR D'APPEL \*

qu'ils ont été facturés ; cette clause signifie clairement que l'appelant supportait le risque économique lié à son activité, contrairement à ce qui prévaut dans le cadre d'un contrat de travail. Un autre élément vient conforter ce constat, à savoir que l'assurance pour perte de gain était à sa charge et qu'il ne percevait ainsi aucune rémunération en cas d'absence pour maladie par exemple, contrairement à ce qui prévaut obligatoirement dans le cadre d'un contrat de travail (cf. art. 324a CO). Il était aussi tenu par le contrat de conclure une assurance responsabilité civile professionnelle, clause incompatible avec le droit du travail, où l'employeur est responsable des actes de ses employés (cf. art. 55 CO).

Ainsi le mode de rémunération de l'appelant et les diverses obligations accessoirement mises à sa charge sont caractéristiques d'une activité indépendante. Le fait que l'appelant ait déclaré les revenus de son activité pour l'intimée comme résultant d'une activité dépendante auprès de l'administration fiscale ne modifie pas le constat qui précède ; les premiers juges ont à juste titre rappelé sur ce point que l'objectif ainsi poursuivi par l'intéressé était de pouvoir bénéficier des déductions sociales.

## **E. 5**

Il résulte de l'ensemble des considérants qui précèdent que les parties n'étaient pas liées par un contrat de travail, faute notamment et essentiellement d'un lien de subordination. Le jugement entrepris, qui apprécie correctement les pièces produites et les témoignages recueillis, qui admet le défaut de compétence de la Juridiction prud'homale à raison de la matière et qui déclare la demande irrecevable, doit être confirmé. L'interprétation divergente que fournit l'appelant des éléments de l'enquête n'apporte en effet aucun éclairage nouveau en appel et ne justifie pas qu'il soit revenu sur les considérants circonstanciés et convaincants des premiers juges.

L'émolument de 4'400 fr. avancé par l'appelant sera laissé à sa charge.