

GE_GERICHTE C/26991/2008 vom 9. April 2010

GE Cour de justice, 2010-04-09, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_26991_2008

FR: GE_GERICHTE C/26991/2008 du 9 avril 2010

IT: GE_GERICHTE C/26991/2008 del 9 aprile 2010

Regeste

; CONTRAT INDIVIDUEL DE TRAVAIL ; MÉDECIN ; CONTRAT DE TRAVAIL À DOMICILE ; COMPÉTENCE INTERNATIONALE ; COMPÉTENCE RATIONE LOCI ; FAIT DE DOUBLE PERTINENCE ; COMPÉTENCE RATIONE MATERIAE ; RAPPORT DE SUBORDINATION ; QUALITÉ DE PARTIE ; SUCCURSALE ; RECTIFICATION(EN GÉNÉRAL) | La Cour considère que T, médecin, engagé par E, assureur, en vue de superviser des démarches de rapatriement depuis la Suisse, était soumis à un lien de subordination. Contrairement aux premiers juges, la Cour retient que les parties ont été liées par un contrat de travail et que la Juridiction des prud'hommes est par conséquent compétente pour statuer sur la demande de T. Elle renvoie l'affaire à l'instance inférieure pour complément d'instruction et nouvelle décision. | CO.319; LJP.1; CL.5

Erwägungen

E. 1

Questions préliminaires L'appel ayant été interjeté selon la forme et le délai prescrits par la loi, il est recevable (art. 59 LJP). La Cour confirmera l'apport d'office de la procédure C/27398/2008–5 L_____ c/ E_____ SA, Bruxelles, succursale de Genève (cf. jugement, p. 8–10). La présente cause revêt à l'évidence une internationalité, notamment parce que l'intimée a son siège social en Belgique (cf. ATF SJ 1995 p. 57 cons. 4a ; ATF 4A_559/2008 du 12.3.2009 cons. 2.1). Dès lors, il incombe au juge de vérifier d'office, et en fonction de la loi du for, sa compétence internationale et le droit applicable (ATF 118 II 83 cons. 2b p. 85 ; 133 III 323 cons. 2.1). Lorsque l'examen de la compétence du tribunal se recoupe avec celui du bien-fondé de la demande (i. e. la question de l'existence ou non d'un contrat de travail), prévaut alors la théorie de la double pertinence. Selon celle-ci, l'existence des faits justifiant à la fois la compétence et les prétentions au fond, s'ils sont contestés, seront présumés réalisés pour l'examen de la compétence et ils ne devront être prouvés qu'au moment où le juge statuera sur le fond de la demande (ATF 131 III 153 cons. 5.1. ; 122 II 249 cons. 3b/bb p. 252). Autrement dit: à ce stade de la procédure, le juge s'appuie sur les allégués du demandeur; ce dernier affirme l'existence d'un contrat de travail. La Suisse et la Belgique sont parties à la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (CLug, RS 0.275.11). A teneur de son article 5 "le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attiré dans un autre Etat contractant, al. 1. en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée; en matière de contrat individuel de travail, ce lieu est celui où le travailleur accomplit habituellement son travail, et, si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, ce lieu est celui où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur". Par ailleurs, l'art 5 al. 5 CLug ajoute encore que "s'il s'agit

d'une contestation relative à l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement, [le défendeur peut être attiré] devant le tribunal du lieu de leur situation" (cf. Martz , Die inländische Zweigniederlassung einer ausländischen Unternehmung nach schweizerischem IPRG, thèse Berne, 1995, p. 116). D'une façon générale, l'art. 5 al. 1 CLug consacre le for du lieu d'exécution. En matière de rapports de travail, il n'est pas nécessaire que le travailleur ait effectué son travail dans l'établissement de l'employeur: il suffit qu'il ait presté pour cet établissement, fût-ce à partir de son domicile ou d'un tiers endroit (Valloni , Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach Lugano und Brüsseler-Uebereinkommen, Zurich, 1998, p. 313; arrêt CJCE du 26. 5. 1982, aff. 133/81, Rec. 1982 p. 1981 Ivenel). Quant à l'art. 5 al. 5 CLug, le for alternatif de la succursale s'offre également pour le travailleur (Johner , Die direkte Zuständigkeit der Schweiz bei internationalen Arbeitsverhältnissen, Bâle, 1995, p. 100). S'agissant du droit applicable, l'examen se fait, là-aussi, en fonction de la théorie de la double pertinence. Pour déterminer le droit applicable – le droit appelé à donner la qualification de rapports contractuels – le juge s'appuiera sur les allégués du demandeur à l'action. Ce dernier affirme l'existence d'un contrat de travail. A teneur de l'art. 121 al. 1 LDIP, le contrat de travail est régi par le droit de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail. . En l'espèce, l'appelant a déployé l'activité habituelle – alléguée comme activité salariée – en Suisse. C'est donc le droit suisse qui s'applique et qui détermine la qualification des rapports contractuels. Du reste, les parties on expressément déclaré, en appel, vouloir voir tranché leur différend à la lumière du droit suisse – ce qui équivaut à une élection de droit (art. 5 al. 1 er et LDIP) licite (art. 121 al. 3 LDIP). L'appelant critique la rectification des qualités de la défenderesse faite par le Tribunal. A juste titre. Mais la sienne propre n'est pas non plus appropriée. Une personne morale, partie à un procès, doit être désignée, dans la décision judiciaire, avec sa raison sociale exacte, telle qu'elle résulte du Registre du commerce compétent pour le lieu où se trouve son siège social (cf. art. 155 let. d LDIP ; Dutoit , Droit international privé suisse, 2 e éd., Bâle, 2005, p. 544). Le droit du Registre du commerce suisse exige que la succursale suisse d'une société anonyme domiciliée à l'étranger, comporte, dans sa raison sociale, a) le siège de l'établissement principal, b) celui de la succursale, et la désignation expresse de celle-ci avec sa qualité (cf. art. 952 al. 2 CO; Altenpohl , Basler Kommentar, 3 éd., 2008, N. 6 ad art. 952 CO). En droit procédural, il importe que les parties aux procès soient clairement désignées et déterminables. Lorsqu'une personne morale a son siège social à l'étranger, mais se trouve assignée, en Suisse, au for de sa succursale, il convient de préciser cet élément dans la présentation des parties dans la page de garde du jugement et de l'arrêt, ainsi que dans les formules condamnatoires. Cela permet d'emblée aux autorités d'exécution étrangères de déterminer rapidement – notamment à la lumière de la Convention de Lugano - si la décision doit être reconnue et exequaturée. Le juge apprécie librement les preuves (cf. art. 343 al. 3 in fine CO). Il s'agit-là d'un principe général du droit de procédure civile en Suisse (Guldener , Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zurich, 1979, p. 321). Un fait est réputé établi si le juge en est convaincu. Il peut fonder sa conviction sur un examen approfondi de l'ensemble du dossier (ATF 98 II 78 = JdT 1973 I 229) ; l'art. 8 CC ne prescrit pas au juge comment il doit former sa conviction (ATF 98 II 329 = JdT 1973 I 525).

E. 2

2.1. A teneur de l'article 1 er alinéa 1 er let. a de la loi sur la juridiction des prud'hommes (LJP RS/GE/E 3 10), la Juridiction des prud'hommes est compétente à raison de la matière pour connaître des contestations entre employeurs et salariés pour tout ce qui concerne leurs

rapports découlant d'un contrat de travail au sens de l'article 319 CO. Elle a la compétence de statuer sur sa compétence (Kompetenz-Kompetenz). La qualification des rapports contractuels, seul objet du présent débat, s'effectue certes à la lumière de l'art. 319 CO – norme de droit fédéral (et de la doctrine et jurisprudence y afférentes) – mais elle s'insère, par conséquent, dans la question d'application d'une norme de droit cantonal (ATF 128 III 76 cons. 1 a p. 80 ; ATF 4A_329/2008 du 11.11.2008 cons. 1) Le Tribunal fédéral n'exerçant son contrôle dans ce cas que limité à l'arbitraire dans l'application du droit cantonal (art. 9 Cst. féd), la Cour se doit de procéder avec soin. 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 er CO). Les éléments caractéristiques de ce contrat dont donc a) une prestation de travail, b) un rapport de subordination, c) un élément de durée et d) une rémunération (cf. ATF 4A_553/2008 cons. 4 du 9.2.2009; Aubert, Commentaire romand, Bâle, 2003, N. 1 ad art. 319 CO; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Commentaire du contrat de travail, Lausanne, 2004, N. 1 ad art. 319 CO; Al-Kouraichi, Les critères juridiques du contrat de travail, Thèse, Genève, 1968, p. 91 ss). Le droit du contrat de travail est flexible à plusieurs égards: il autorise les parties à convenir de temps de travail très souples. Il autorise le travail à temps partiel (art. 319 al. 2 CO), le travail sur appel – travail fourni en fonction des besoins de l'entreprise [KAPOVAZ]) couplé ou non à un service de piquet, qui, dans un tel système, doit être rémunéré (ATF 124 III 249 cons. 3, Von Kaenel, "Die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers" in: ARV/DTA, 2009 p. 1 ss); il leur permet de convenir d'un lieu de travail autre que l'entreprise (p. ex. contrat de travail à domicile, art. 351 CO; Waldner, Die Heimarbeit aus rechtlicher und historischer Sicht, Bâle, 1994; contrat d'engagement des voyageurs de commerce, art. 347 CO, contrat de télétravail; Saner, Telearbeit: Organisationsformen – Rechtsformen Zurich, 1992; Pulver, Aspects juridiques du télétravail, Neuchâtel, 2000), voire à répartir un même poste sur plusieurs personnes – libres à elles de se répartir leurs tâches et temps de mise à contribution (contrat de "jobsharing"; cf. ATF 122 V 169; Futterknecht, Job Sharing, Thèse, Berne 1985, passim). L'élément caractéristique du contrat de travail, qui permet de le différencier en particulier du contrat de mandat, est le rapport de subordination juridique qui place le prestataire de service dans la dépendance du donneur d'ordre sous l'angle personnel, organisationnel et temporel (ATF 121 I 259 cons. 3 b = SJ 1996 93; 107 II 430 cons. 1; 95 I 21 cons. 5b). Plus récemment, le Tribunal fédéral a également tenu compte de la dépendance économique du travailleur (cf. ATF 4A_553/2008 du 9.2.2009 cons. 4.2; 4C.276/2006 du 25.1.2007 cons. 4.3. en se référant à Staehelin, Zürcher Kommentar, 1996, N. 27 ad art. 319 CO; Rehbinder, Berner Kommentar, 1985, N. 42 ad art. 319 CO; Streiff/Von Kaenel, Arbeitsvertrag, Zurich, 2006, N. 6 ad art. 319 CO; Harder, Freie Mitarbeit und ähnliche Formen freier Zusammenarbeit, Berne, 2000, p. 80; cf. déjà ATF 4C.460/1995 du 24.2.1997 cons. 2a in: JAR 1998 p. 104). Pour savoir s'il y a un rapport de dépendance, caractéristique du contrat de travail, il convient d'examiner l'ensemble des circonstances et indices concrets. Du point de vue personnel: le prestataire de service devait-il fournir le travail personnellement ou pouvait déléguer ses tâches à un tiers? Le travailleur doit – sauf exception (p. ex. concierge + épouse) – effectuer son travail personnellement. Le mandataire – à la différence du travailleur – peut, dès lors qu'il travaille à son compte, s'entourer de collaborateurs, d'auxiliaires, voire, choisir un sous-mandataire (art. 398 al. 3 CO; Fellmann, Berner Kommentar, 1992, N. 115 ad art. 394 et Nos. 525 ss ad art. 398 CO). Ne milite pas contre de rapports de travail le fait que le

prestataire de service partage le poste avec un collègue de travail, dès lors que le donneur d'ordre a fixé lui-même ce système, déléguant l'organisation des horaires de mise à contribution aux partageants eux-mêmes, tout en les rémunérant individuellement (cf. "Job Sharing", ATF 122 V 169). Du point de vue organisationnel : le prestataire de service était-il intégré dans l'entreprise du donneur d'ordre, inséré dans une structure hiérarchique (organigramme) ? Recevait-il des directives et instructions contraignantes (art. 321d CO) déterminant l'accomplissement de son travail ? Devait-il fidélité et obéissance (art. 321a CO) ? Pouvait-il – à l'instar d'un mandataire - refuser des mandats, refuser tâches et dossiers ? Tant le travailleur que le mandataire sont tenus de déférer à des instructions (art. 321d, 397 al. 1 er CO ; Fellmann , op. cit ., N. 114 et N. 309 ad art. 394 et N. 8 ad art. 397 CO) . Pour la différenciation, tout dépend de l'étendue de l'obligation d'y déférer et du coût économique d'un refus de s'y plier (cf. ATF 4C. 276/2006 du 25.1.2007 cons. 4. 3. 1 ; 4A_553/2008 du 9.2.2009 cons. 4.1 ; Gerber , Die Scheinselbständigkeit im Rahmen des Einzelarbeitsvertrages, thèse St. Gall, Berne, 2002 p. 125 ss). En principe les instructions et directives données à un mandataire sont moins détaillées, et moins contraignantes que celles données à un travailleur. Ensuite, le mandataire est libre – non seulement juridiquement, mais aussi économiquement – de mettre fin, en tout temps (art. 404 al. 1 er CO), à un mandat qui ne lui convient pas ; le travailleur, certes, peut lui-aussi mettre fin au contrat, mais il doit respecter un préavis (art. 335 CO), et les conséquences de ce choix sont autrement, car économiquement, plus lourdes que pour un indépendant: le premier perd un emploi, à plein temps ou à temps partiel, l'autre un mandat parmi d'autres. Le mandataire se consolera avec le reste de sa clientèle. Cela étant, point n'est besoin – pour retenir un contrat de travail - que le donneur d'ordre émette à l'intention du prestataire de service des instructions relevant de son art ou de son métier ("Fachanweisungen"). Un médecin-chirurgien, avocat ou ingénieur peut être salarié tout en n'ayant pas à se laisser imposer, par les services administratifs de l'Hôpital, de l'Etude ou du Bureau la manière dont il opère, plaide ou calcule. L'intégration organisationnelle dans l'entreprise ("betriebliche Eingliederung") ne suppose point la présence physique du prestataire dans les locaux de production du donneur d'ordre. Il peut, si tel a été la convention des parties et que la nature des services le permet, fournir son travail en voyageant, en se déplaçant, prester à partir de son domicile ou à partir de n'importe quel endroit (ATF 4C.276/2006 du 25.1.2007 cons. 4.4.1; H 9/05 du 27.4.2005) – les moyens de communication modernes (IT) le rendent possible (Rheinheimer , Arbeitsrechtliche Fragen nationaler und internationaler Telearbeit in der Europäischen Union, Berne, Lang, 2003, passim ; Metzger , Rechtliche Aspekte und Perspektiven der Telemedizin, Bâle, 2010, p. 15 ss ; cf. Cass. soc. Arrêt No. 1427 du 31.5.2006 X c/ société SCC in : www.courdecassation.fr) . L'intégration organisationnelle ne suppose pas non plus que le prestataire ne soit pas libre dans "l'organisation de son travail": les parties peuvent convenir que le travail [ou résultat] demandé soit rendu dans tel ou tel délai – libre au prestataire de déterminer quand concrètement il choisit de prester (management by objectives; ATF 4C.276/2006 du 25.1.2007 cons. 4.4.2). Du point de vue temporel : la mise à disposition, par le prestataire de service, d'un temps déterminé (par jour, semaine ou mois) au service d'un donneur d'ordre – temps d'obéissance ("fremdbestimmte Zeit") - est une autre caractéristique du contrat de travail. Qui mettait les outils de travail à disposition et qui assumait les frais liés à l'exécution du travail ? En principe, est caractéristique du contrat de travail le fait que le prestataire de service reçoive du donneur d'ordre les outils de travail et se voit défrayer, ex lege , pour les frais liés à l'exécution de son travail (cf. art. 327, 327a

CO). Le mandataire assume en principe seul ses frais de production. Le prestataire de service était-il lié par une clause d'exclusivité ? En règle générale, la présence d'une clause d'exclusivité dénote la présence d'un contrat de travail, et la clause ne fait que rappeler une vérité de La Palice: le travailleur ne saurait servir deux employeurs qui se concurrencent (cf. art. 321a CO; cf. aussi les art. 340a-c CO). Le mandataire, peut, sous réserve d'un conflit d'intérêts, accepter des mandats d'acteurs économiques de la même branche économique et qui se concurrencent sur le marché. Le travailleur, à la différence du mandataire, entre et se trouve dans un lien de dépendance économique avec le donneur d'ordre: une fois le salaire convenu, il n'a plus de prise sur la valorisation de ses produits et services; en particulier, il ne participe pas, ou alors seulement partiellement, aux résultats de l'entreprise, n'assume pas de risque d'entreprendre, et n'insère pas son activité dans un projet entrepreneurial personnel (ATF 4C. 276/006 du 25.1.2007 cons.4.6.1 ; Harder , op. cit . p. 132 s ; Fellmann , op. cit ., N. 310 ad art. 394 CO). En particulier, il n'a pas la maîtrise des produits qu'il crée et des services qu'il rend: lorsqu'il intervient avec ces derniers sur le marché, il le fait drapé dans des couleurs, et avec les cartes de visites, adresses e-mail de son donneur d'ordre, bref, il le fait au nom et pour le compte de son donneur d'ordre, en tant qu'auxiliaire (art. 101 CO) dans l'exécution des obligations contractuelles de ce dernier (ATF 4A_404/2009 cons. 4 du 22.10.2009, cas d'un "Legal Counsel"). Constitue enfin un ultime indice – mais simplement indice - la qualification du rapport contractuel fait par les autorités de la sécurité sociale (AVS) et fiscales, étant rappelé que la décision des ces autorités ne lie pas le juge prud'homal dans sa propre appréciation – et vice versa (cf. ATF 121 I 259 = SJ 1996 p. 93 cons. 3c ; 122 V 169 cons. 6a ; Munoz , "Droit du contrat de travail et droit des assurances sociales" in : Droit privé et assurances sociales, Enseignement de 3 e cycle de droit 1989, Fribourg, 1989, p. 74). Pour le juge administratif (sécurité sociale, fiscalité), l'élément décisif est la mesure de l'indépendance personnelle et économique de l'intéressé dans l'accomplissement de sa tâche. Exerce une activité dépendante celui qui s'engage pour une durée déterminée ou indéterminée à fournir des prestations contre rémunération en se soumettant aux instructions de son employeur. Est indépendant, celui qui exerce son activité selon sa propre organisation librement choisie – reconnaissable de l'extérieur – et à ses propres risques et profits, et qui a engagé des fonds propres dans son affaire (fiscalité : ATF 2A.40/2006 du 17.4.2007 cons. 6. 3 ; ATF 121 I 259 = SJ 1996 p. 93 cons. 3c ; 4P.2355/2003 du 5.4.2004 = RDAF 2004 II p. 274 ; Höhn , Steuerrecht, Berne, 1993, 73 éd., p. 199 et 219 ; Oberson , Droit fiscal suisse, Bâle, 2 e éd., § 7 n° 26 ss p. 88 ; sécurité sociale : ATF: 122 V 169 cons. 3c ; 119 V 163 cons. 2 b ; et ATF 110 V 72 cons. 4 a (ad art. 5 al. 2 LAVS ; Käser , Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, 2e éd., Berne, 2007, p. 115 ; Gächter , "Die Abgrenzung von selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit" in : Richli, éd, Aktuelle Fragen des Sozialversicherungs- und Migrationsrechts aus der Sicht der KMU, Zurich, 2009, p. 10 ss). Les médecins sont réputés exercer une activité dite libérale - toutefois, rien ne s'oppose à ce qu'ils exercent leur profession dans le cadre d'un contrat de travail – que ce soit, par exemple, dans un hôpital public (rapports de service relevant du droit public), dans une clinique privé, dans cabinet d'autres médecins, ou dans ou pour une structure mise en place par un assureur social ou privé. Ainsi, il a été jugé qu'un médecin associé comme médecin de garde (nocturne) à un cabinet exploité sous forme d'une société anonyme, remplissait les conditions d'un travailleur au sens de l'art. 319 CO, dès lors qu'il devait suivre les directives du cabinet, touchait un pourcentage sur le chiffre d'affaires et n'avait pas le droit de facturer les patients "comme cela aurait normalement dû être le cas pour un médecin indépendant"

(Genève, Cour mixte des prud'hommes, JAR 1987, p. 88). Il a également été jugé qu'un médecin, recruté par un service d'urgence privé, chargé d'assurer une permanence avec des praticiens collègues, de se rendre régulièrement, et sur appel, au chevet des patients appelants, facturant les honoraires sur papier à en-tête de la société, avait, bien que relativement libre dans l'organisation du temps de travail, le statut de salarié (ATF 4C.64/2006 du 28.6.2006, rr sur un arrêt CAPH). Enfin, la Cour de cassation (Chambre sociale) française, a considéré qu'un médecin chargé de contrôler, pour une mutuelle, à partir de son cabinet privé, et aux moyens IT mis à disposition par cette dernière, les questionnaires médicaux des bénéficiaires de prêts et d'examiner les dossiers en cas de sinistre, et qui devait rendre son avis dans un délai imparti, avait le statut de salarié (Cass.soc. arrêt n°. 08-44194 D du 29.9.2009, X . c/ Union mutualiste logement (www.net-iris.fr). D'une façon générale, les collaborateurs de call-centers, chargés d'assurer une permanence de renseignement de 24 heures sur 24 et 7 jours sur 7, se voient reconnaître le statut de travailleurs, non pas de mandataires, peu importe qu'ils déploient cette activité sur une plate-forme unique ou de manière décentralisée, à partir de bureaux satellites ou à partir de leurs domiciles (ATF 132 III 172 ; 122 V 169 ; LAG Berlin, jugement 13 Ta 7626/03 du 6.5.2003 in : www.juraforum.de ; Robert , Le télétravail à domicile, Bruxelles, 2005, p. 26). 2.7.1. Cette approche a été étendue, en Suisse, aux médecins participant à un site de consultation on-line sur internet (télé médecine), exploité par une société anonyme, et qui donnent leurs conseils à distance, de façon décentralisée, sous le logo de la société, et ce par le biais d'un software mis à leur disposition. Ils sont traités comme salariés (cf. Metzger , op. cit. p. 263 ss. évoquant le cas de Medgate SA) . Dès lors que les éléments caractéristiques d'un contrat de travail au sens de l'article 319 CO sont réunies, la qualification de la nature juridique des rapports contractuels est soustraite à la libre disposition des parties (cf. art. 320 ; 341 al. 1 er CO ; ATF 4C.220/2003 du 28.10.2003 cons. 2.3 ; ATF 4C.216/1994 du 21.5.1995, cons. 1 d ; 113 II 264 cons. 2a ; 95 II 126 cons. 4 ; 84 II 493 cons. 2 ; Jäggi/Gauch , Zürcher Kommentar, 1980, N. 226 ad art. 18 CO ; Staehelin , Zürcher Kommentar, N. 7 ad art. 320 CO ; Gerber , op. cit . P. 215).

E. 3.1

En l'espèce, force est de conclure à l'existence d'un contrat de travail, mais d'un contrat réunissant des éléments du job sharing, du travail à l'appel et du télétravail. Le contenu de ce rapport contractuel se trouve énoncé dans la Charte de qualité du 24 août 2001 que le Dr. F_____, Directeur médical international d'D_____ Assistance, a remis à l'appelant lors des pourparlers en automne 2001, à Genève. L'appelant se trouvait dans un rapport de subordination juridique: il rendait ses services dans un lien de dépendance personnel, organisationnel et temporel. L'appelant devait exécuter son travail personnellement, il n'avait pas le droit – à la différence de son prédécesseur, le Dr. H_____ – de déléguer ses tâches à un tiers confrère. Le fait qu'il a pu se partager le travail – i. e. la permanence de 24 heures sur 24, 7 jours sur 7, avec le Dr. L_____ – n'y change rien: ce dernier était, lui-aussi, au service de l'intimée, et le partage du poste de travail s'effectuait dans le cadre d'un job sharing voulu par l'intimée. L'appelant a effectué ses prestations, dans le cadre d'un cahier des charges, remis lors de son engagement, et sous les directives de l'intimée (i.e. du directeur de sa plate-forme, G_____), dénotant une intégration claire dans la structure mise en place par l'intimée: Il n'avait pas le droit de refuser ou de choisir les dossiers ; Il devait suivre les directives et instructions du directeur de la succursale ; Il devait rendre ses avis dans un délai de 2 heures dès leur communication ; Il devait se tenir constamment – i.e. 24 heures sur 24 - à disposition ("rufbereit") lorsque c'était sa semaine de permanence ; Il

devait travailler avec les outils mis à dispositions par l'intimée, entre autres: rendre ses avis dans les applications informatiques (logiciels) mis à disposition par l'intimée ; Il devait régulièrement rendre compte de son activité, participer à des réunions d'information (autant que ses activités ailleurs le lui permettaient, il est vrai) ; Il devait se présenter, dans ses contacts avec les tiers (patients, confrères), comme médecin de l'intimée (cf. logos, cartes de visite) ; Il faisait partie de l'organigramme de la succursale de l'intimée, et était hiérarchiquement subordonné à son directeur respectivement, à la cheffe de la plate-forme des chargés d'assistance ; Il ne facturait pas les patients dont il devait consulter le dossier et émergeait de la liste des salariés de l'entreprise ; Il n'assumait aucun risque d'entreprendre, aucun risque d'encaissement; et n'encourait aucune responsabilité directe envers les patients objets du rapatriement ; Il n'émettait que des recommandations et, en marge de la déontologie d'un médecin, n'avait aucune prise directe sur une décision de rapatriement: celle-ci étant du seul ressort du directeur de la succursale, non médecin ; Il se voyait défrayé pour les frais engagés dans l'exécution de son travail; les outils de travail étaient mis à sa disposition, et les abonnements et frais de connexion pris en charge par l'intimée ; Il était lié par une clause d'exclusivité, c'est-à-dire n'avait pas le droit de collaborer simultanément avec un concurrent, ou de monter une propre structure, offrant le même service sur le marché que l'intimée ; Il faisait partie du personnel de la succursale – du moins dans la perception de la plupart des membres de la plate-forme, et dans la perception de la maison-mère (à Paris) qui le rendait éligible, en tant que "salarié D_____" d'un programme d'attribution gratuite d'actions D_____ ; Il était – sur décision topique de la caisse de compensation – affilié à l'AVS, et avec effet rétroactif au 1.1.2002, comme salarié de l'intimée. L'appelant se trouvait également dans un lien de dépendance économique avec l'intimée : Il n'avait aucune maîtrise sur la valorisation du travail effectué, respectivement des services rendus ; Il touchait une rémunération de Fr. 4'000.- par mois pour une mise à contribution – certes alléguée, mais à teneur de dépositions testimoniales, parfaitement plausible – de 4,33 X 22 H/sem, ce qui paraît fort modeste, compte tenu de la facturation horaire que pratiquerait un médecin indépendant à Genève (entre Fr. 220.- à Fr. 300.-) ; Il touchait un montant, ses services étant payés, pour une mise à contribution moyenne mensuelle alléguée de 4,33 X 22 H/sem, de Fr. 4'000.-. Dans un premier moyen, l'appelant considère que le "Charte de qualité" du 24 août 2001 (= pièce 1 dem) ne faisait pas partie du nexus contractuel – le Dr. F_____ n'ayant pas eu qualité pour parler et négocier en son nom à elle. Le détenteur d'une succursale répond non seulement des actes juridiques des personnes dûment inscrites au Registre du commerce du lieu de l'établissement de la succursale, mais également des actes d'autres personnes dont il s'est servi dans l'exécution de ses obligations: il répond ainsi notamment des actes juridiques de personnes de la société-mère que la filiale a mandatée pour la conclusion d'un contrat négocié et passé pour sa succursale (Gauch, Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht, Zurich, 1974, p. 365). Lors de ces pourparlers, le Dr. F_____ est intervenu pour le compte de l'intimée. Ce fait découle d'abord du contexte factuel, puis du fait de l'apparence créée, autrement dit, en vertu du principe de la confiance (art. 18 al. 2 CO). Son action correspond à celle d'un auxiliaire (art. 101 CO) de l'intimée; partant, le document qu'il a remis à l'appelant engage l'intimée et fait partie intégrante du nexus contractuel. L'intimée objecte ensuite que l'appelant aurait été "libre dans l'organisation de son travail" – indice clair de l'absence d'un contrat de travail. Ce moyen est dénué de fondement. L'appelant – on l'a vu – a travaillé dans le cadre d'un job sharing voulu et mis en place par l'intimée. La liberté d'organiser le travail dans le cadre d'un tel arrangement triangulaire n'exclut pas un contrat de travail. Par

ailleurs, les plannings devaient être communiqués d'avance à la plate-forme de l'intimée. L'appelant, il est vrai, travaillait en outre, comme médecin salarié, auprès d'un tiers (Clinique C_____ BE), respectivement, et dans une moindre mesure, exploitait encore son propre Cabinet à Genève. Mais ces activités-là ont été expressément souhaitées par l'intimée: l'appelant était tenu, en vertu du contrat de médecin régulateur, de tout faire pour rester en contact avec la pratique. Tout au plus pourrait-on se poser la question de savoir si un travailleur peut, pour un même temps, travailler au service de deux employeurs différents. En effet, à teneur de la doctrine et jurisprudence, une activité accessoire ne doit pas entrer en collision – temporelle ou matérielle avec l'activité principale (cf. Brändli , *Arbeitsvertrag und Nebenbeschäftigung*, thèse Zurich, 2000, p. 65 ss ; Franke , *Arbeits- und sozialrechtliche Fragen von Zweitarbeitsverhältnissen*, Berne, thèse Freiburg i. Br., 2003, p. 19 ss ; Bundesarbeitsgericht , 19.6.1959 –1 AZR 565/57, AP Nr. 1 zu § 611 BGB *Doppelarbeitsverhältnis*). La question n'a pas besoin d'être tranchée en l'espèce, dès lors que le tiers employeur, i. e. la Clinique C_____, ne semble pas avoir pris ombrage du fait que l'appelant collaborait – pendant ses heures de travail à la Clinique – également avec l'intimée, par connexion IT. L'intimée objecte encore que la volonté réelle (art. 18 al. 1 er CO) des parties auraient été de conclure un contrat de mandat – preuve en serait que l'appelant aurait omis de protester contre son statut de mandataire. Ce moyen, à supposer qu'il repose sur un allégué exact, n'aurait pas de pertinence en l'espèce: en effet, et on l'a vu, dès lors que les conditions d'un contrat de travail sont remplies, les parties ne sont plus libres dans la qualification juridique de leurs rapports contractuels. Par ailleurs, l'appelant s'est rapidement mis à réclamer une requalification de son statut en médecin salarié. N'est pas dirimant dans cette analyse le fait que le Dr. L_____ ait choisi de ne pas faire appel du jugement du Tribunal rendu dans la cause parallèle à la présente. L'entrée en force dudit jugement n'oblige point la Cour dans la présente cause. Par ailleurs, le Dr. L_____, réflexion faite avec son conseil, a pu se dire qu'en tant que frontalier "clandestin", domicilié à Annecy, il n'était peut-être pas vraiment de son intérêt de poursuivre dans la thèse d'un contrat de travail – cela aurait pu, dans son cas, lui valoir un sérieux rappel par le fisc suisse, au titre d'impôt à la source. Par ailleurs, il courait également le risque de devoir rembourser au désormais employeur la part salarié des cotisations sociales – et ce dans le cadre d'une objection de compensation (art. 120 CO).

E. 4

4.1. Vu ce qui précède, le jugement sera annulé et la cause renvoyée au Tribunal pour instruction au fond. Le juge est lié par les conclusions des parties. Le demandeur a pris une conclusion en paiement d'une indemnité pour licenciement abusif. Chargé d'appliquer le droit d'office, le Tribunal examinera notamment si l'action a été intentée dans le délai péremptoire des 180 jours de l'article 336b alinéa 2 CO; à cet effet, il devra déterminer, à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence, le dies a quo , c'est-à-dire le jour à partir duquel ce délai a commencé à courir. Avant de trancher, il donnera l'occasion aux parties de s'exprimer – oralement ou par écrit - sur ce point. Le Tribunal ne donnera pas suite à la conclusion No. 7 du demandeur: vu la teneur claire de l'art. 1 LJP, la juridiction des prud'hommes n'est pas compétente pour connaître de conclusions relevant du domaine de la sécurité sociale. La valeur litigieuse ayant dépassé Fr. 30'000.-, la présente procédure en appel n'est pas gratuite (art. 343 al. 3 CO a contrario). L'appelant a versé à la Caisse de l'Etat un émolument de Fr. 2'200.-. L'intimée succombant dans la présente phase du litige, elle sera condamnée à rembourser à l'appelant ce montant.

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