



T \_\_\_\_\_  
**Dom. Élu:**  
Me Serge ROUVINET  
Rue du Marché 3  
Case postale 3649  
1211 GENEVE 3

E \_\_\_\_\_ SA

**Partie appelante**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRET**

du mercredi 22 décembre 2004

M. Louis PEILA, président

M. Peter MEDILANSKI et Mme Rosemarie PASQUIER, juges employeurs

M. Roland GNARDINGER. et Mme Astrid JACQUOT, juges salariés

M. Raphaël KLEMM, greffier d'audience

**EN FAIT**

A. Par demande déposée au greffe de la juridiction des prud'hommes le 18 août 2003, T\_\_\_\_\_ a assigné E\_\_\_\_\_SA, Hôpital\_\_\_\_\_ (ci-après E\_\_\_\_\_SA), en paiement de 41'535 fr. 50 plus intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> mai 2003. Cette somme se compose d'une créance en dommages-intérêts (16'535.50) et d'une indemnité (25'000.-). T\_\_\_\_\_ estimait avoir fait l'objet d'un licenciement immédiat injustifié et sollicitait le versement de deux salaires mensuels, dont elle déterminait la quotité à 8'267 fr. 75 en prenant la moyenne des versements reçus sur 4 mois, de janvier à avril 2003 ( 6'760.-- + 5'742.-- + 10'858.-- +9'711.-- / 4), ainsi qu'une indemnité en sus, en application de l'art. 337c al. 3 CO.

E\_\_\_\_\_SA a d'emblée contesté la compétence de la juridiction des prud'hommes, considérant que T\_\_\_\_\_ était un mandataire bénéficiant d'une totale indépendance dans l'organisation de son activité.

B. Par jugement rendu suite à la délibération du 7 avril 2004, notifié par plis recommandés du 27 juillet 2004, le Tribunal des prud'hommes a déclaré irrecevable la demande formée par T\_\_\_\_\_, considérant qu'elle avait toujours déployé une activité en tant qu'indépendante, niant ainsi l'existence d'un contrat de travail et, par conséquent, sa compétence *ratione materiae*.

C. Par acte déposé le 25 août 2004, T\_\_\_\_\_ appelle de cette décision ; elle conclut à l'annulation du jugement du Tribunal et à l'admission de la compétence de la juridiction des prud'hommes, reprenant sur le fond ses conclusions de première instance.

E\_\_\_\_\_SA conclut à la confirmation de la décision entreprise.

Les parties ont persisté en leurs conclusions lors de l'audience du 16 décembre 2004.

D. Il ressort de la procédure les éléments suivants :

a. E\_\_\_\_SA est une société anonyme inscrite au Registre du commerce de Genève depuis 1979. Elle a pour but l'exploitation d'un hôpital et de centres médicaux et de soins, notamment un hôpital à l'enseigne « A\_\_\_\_\_ ».

b. T\_\_\_\_\_ est cardio-technicienne diplômée, profession rare et recherchée, selon l'enseignement des enquêtes.

c. Par contrat du 18 juin 1998, rédigé par E\_\_\_\_SA, celle-ci et T\_\_\_\_\_ ont convenu des modalités selon lesquelles T\_\_\_\_\_ devait procéder à des perfusions CEC et des récupérations de sang. Ce contrat indiquait que le « status » de T\_\_\_\_\_ était « indépendante » et que son activité devait être coordonnée avec B\_\_\_\_\_, technicienne chef CEC, aux conditions applicables en matière d'horaire de garde suivantes : 1 jour par semaine, de 17h00 à 8h00 pour une rémunération de 250 fr. par jour, soit 16 fr. / heure, 2 week-ends par mois, de 17h00 le vendredi au lundi 8h00 pour une rémunération de 1'000 fr. par week-end, soit 16 fr. / heure, les récupérations de sang et les perfusions étant quant à elles rémunérées respectivement à 250 fr. par cas pour les premières et 750 fr. par cas pour les secondes. Le contrat prévoyait en outre que la TVA à hauteur de 6.2% est incluse dans les rémunérations précitées.

Il était également prévu que, dans l'éventualité où cinq cas CEC (ou plus) / cas de chirurgies à cœur ouvert seraient programmés la même semaine, un ou plusieurs de ces cas seraient attribués à T\_\_\_\_\_.

Ce contrat ne fait par ailleurs aucune allusion à de quelconques retenues pour des prestations relevant des assurances sociales (AVS, APG, assurance chômage). Il n'est pas fait mention non plus de droit aux vacances, de délais de résiliation ou de prévoyance professionnelle.

d. E\_\_\_\_SA et T\_\_\_\_\_ ont signé un contrat semblable cinq mois plus tard, dont le contenu est identique au contrat du 18 juin 1998, sous réserve du temps et

de la rémunération des heures de garde. Il a à nouveau été expressément prévu que la TVA à hauteur de 6.2% serait incluse dans les rémunérations précitées et que T\_\_\_\_\_ fournissait ses prestations en qualité d'indépendante.

e. E\_\_\_\_\_ SA a proposé à T\_\_\_\_\_ une troisième version de ce contrat, en date du 11 août 1999, dont le contenu était pour l'essentiel identique au second contrat cité ci-dessus. C'était dorénavant C\_\_\_\_\_, technicien chef CEC, qui assurait la coordination des gardes en lieu et place de B\_\_\_\_\_ et la rémunération des heures de garde était à nouveau modifiée. Les références à la TVA et au statut de T\_\_\_\_\_ restaient identiques. T\_\_\_\_\_ n'a pas signé ce document.

f. E\_\_\_\_\_ SA a soumis à T\_\_\_\_\_ une quatrième version de contrat le 6 octobre 1999, dont le contenu demeure semblable, sous réserve de l'intitulé, qui mentionne désormais « contrat de mandat ». Ce document prévoit en sus des précédents que E\_\_\_\_\_ SA contractera à ses propres frais une « assurance couvrant la responsabilité civile de l'employé pour ses activités professionnelles au sein de l'Hôpital ». T\_\_\_\_\_ n'a pas non plus signé cette proposition.

S'agissant de l'assurance responsabilité civile de E\_\_\_\_\_ SA, celle-ci prévoit en son article 4.7 sous la rubrique « **Indépendants dans les professions de la santé (sans les médecins)** » la présence de deux techniciens perfusionnistes opérations cardiaques. Il ressort de ce contrat que les données des personnes concernées doivent uniquement être annoncées à l'assurance en fin de chaque année.

g. Par courrier du 22 février 2001, E\_\_\_\_\_ SA a proposé à T\_\_\_\_\_ un nouveau contrat ramenant la rémunération des heures de garde à 6 fr. et offrant, en compensation de cette diminution, une augmentation de la rémunération relative aux perfusions, faisant passer celle-ci de 750 fr. à 1'000 fr. Ce document n'a pas été signé par T\_\_\_\_\_.

h. T\_\_\_\_\_ a été rémunérée selon les décomptes d'activité établis par elle-même, sur des fiches ad hoc fournies par E\_\_\_\_\_ SA et remises à celle-ci. Il est toujours fait mention d'honoraires et les versements correspondent aux demandes faites par T\_\_\_\_\_. Aucune déduction sociale n'apparaît jamais sur ces paiements d'honoraires.

T\_\_\_\_\_ ne s'est jamais plainte de ce fonctionnement.

Pour être précis, selon les pièces versées par E\_\_\_\_\_SA, le premier versement est intervenu en octobre 1998 et le dernier en mai 2003. L'ordre de paiement était immuablement adressé à la comptabilité de l'hôpital pour exécution avec les mentions suivantes :

« *CONCERNE/RE : Gardes Free-Lance T\_\_\_\_\_* »

puis :

« (...) *pour paiement de ses interventions de pompiste, selon note d'honoraires ci-jointe.* »

Les dates d'exécution étaient fort variables et les montants versés se sont échelonnés entre 1'750 fr. et 13'986 fr.

i. Un nouveau contrat, daté du 15 avril 2003, a été proposé à T\_\_\_\_\_, ramenant la rémunération horaire de cette dernière à 6 fr. et mentionnant que son activité devait désormais être coordonnée avec D\_\_\_\_\_, technicien chef CEC. Ce document n'a pas été signé par T\_\_\_\_\_.

j. Le 7 mai 2003, le conseil de T\_\_\_\_\_ a écrit à E\_\_\_\_\_SA pour qualifier l'activité de sa cliente et conclure que ses rapports contractuels avec cette dernière relevaient du contrat de travail. T\_\_\_\_\_ a requis de E\_\_\_\_\_SA une confirmation d'engagement en qualité de salariée.

Après avoir par deux fois sollicité la patience de T\_\_\_\_\_, E\_\_\_\_\_SA lui a répondu le 3 juillet 2003, en contestant la qualification de contrat de travail et a, d'une part rappelé l'absence de tout lien de subordination et, d'autre part, souligné l'indépendance dont jouissait T\_\_\_\_\_ dans l'organisation de ses tâches.

Depuis cette période, T\_\_\_\_\_ n'a plus œuvré à E\_\_\_\_\_SA.

k. En 1997, T\_\_\_\_\_ avait travaillé pour la F\_\_\_\_\_SA en qualité de technicienne en circulation extracorporelle à raison d'une indemnité journalière de 1'000 fr. brut par intervention, ce montant étant soumis à cotisations d'assurances

sociales et comprenant également les vacances et le treizième salaire. Elle a aussi travaillé, parallèlement à son activité à E\_\_\_\_SA, dans d'autres établissements hospitaliers, affirmant sans le démontrer qu'elle se trouvait alors au bénéfice de contrats de travail.

l. T\_\_\_\_ n'a produit aucun courrier ni aucun témoignage attestant de la réalité de son allégué selon lequel elle aurait maintes fois sollicité d'être mise au bénéfice d'un contrat de travail durant les années passées à E\_\_\_\_SA.

En comparaison personnelle, elle a affirmé que, lors des gardes, elle pouvait être atteinte par bip ou portable, précisant que ces deux objets lui appartenaient.

m. Dans sa déclaration fiscale 2002, T\_\_\_\_ a annoncé des revenus en qualité d'indépendant qui correspondent à 4'000 fr. près aux honoraires que E\_\_\_\_SA a démontré lui avoir versés.

n. Il résulte encore ce qui suit des enquêtes :

n.a. G\_\_\_\_, chirurgien indépendant opérant à E\_\_\_\_SA, a travaillé avec T\_\_\_\_ dans cet établissement. Il a indiqué ne pas choisir les cardio-techniciens avec lesquels il opérerait et que ceux-ci s'organisaient entre eux pour la mise sur pied du plan de garde. Il a précisé que le cardiologue était le capitaine à bord, assisté uniquement d'un anesthésiste et d'un cardio-technicien, et qu'il indiquait ce qu'il y avait lieu de faire.

n.b. H\_\_\_\_, infirmier responsable de toutes les personnes travaillant au bloc opératoire à E\_\_\_\_SA, n'était pas impliqué dans la gestion des cardio-techniciens, qui dépendaient directement du directeur. Il ignorait si les cardio-techniciens étaient soumis aux instructions de E\_\_\_\_SA avant l'arrivée de D\_\_\_\_. Il ne connaissait pas les conditions de leur rémunération et pensait qu'ils étaient payés à l'acte.

n.c. Selon I\_\_\_\_, responsable des ressources humaines à E\_\_\_\_SA, cet établissement dispose d'une prise en charge informatique des heures d'arrivée et de départ des employés, à laquelle T\_\_\_\_ n'était pas astreinte, n'étant pas

employée de E\_\_\_\_SA. Les personnes non contrôlées étaient les personnes indépendantes, soit notamment les médecins, les cardiologues et les cardio-techniciens. I\_\_\_\_ a ajouté que, lors d'un entretien le 20 janvier 2003, T\_\_\_\_ avait refusé le statut d'employé qui lui était proposé et voulait maintenir son statut d'indépendante pour pouvoir conserver sa liberté de travailler pour d'autres établissements, dont F\_\_\_\_SA.

I\_\_\_\_ a finalement déclaré que la volonté de E\_\_\_\_SA était d'institutionnaliser le service des cardio-techniciens au début 2003, ceci faisant suite à l'engagement de D\_\_\_\_\_ en tant que perfusionniste.

n.d. D\_\_\_\_\_, infirmier à E\_\_\_\_SA depuis 1984, a obtenu la qualification de perfusionniste en 2002, sa formation sur deux ans ayant été prise en charge par son employeur. Il a expliqué qu'il était possible d'être cardio-technicien indépendant, mais qu'au vu de la nécessité d'une planification, il fallait « rentrer dans l'organisation de l'Hôpital ». Le témoin a en outre déclaré n'avoir jamais entendu T\_\_\_\_ exprimer sa volonté de voir ses relations avec E\_\_\_\_SA régies par un contrat de travail.

n.e. J\_\_\_\_, cardio-technicien que E\_\_\_\_SA est allé chercher à Zagreb en 2003, a déclaré avoir oeuvré avec T\_\_\_\_. Il ne reçoit pas de directives dans le cadre de son activité de cardio-technicien et il estime que sa collègue devait être soumise au même conditions générales que lui.

## **EN DROIT**

1. Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi (art. 59 de la loi sur la juridiction des prud'hommes, ci-après: LJP), l'appel est recevable.

2.

2.1. En vertu de l'art. 1 al. 1 let. a de la Loi genevoise sur la juridiction des prud'hommes du 25 février 1999 (LJP/GE), relèvent de celle-ci les contestations

entre employeurs et salariés pour tout ce qui concerne leur rapport découlant d'un contrat de travail au sens du titre 10ème du code des obligations. En raison de cette clause attributive de compétence, tous les litiges relatifs aux autres contrats de prestations de service entrent dans le ressort du juge ordinaire, soit le Tribunal de première instance, puis en appel, la Cour de justice.

2.2. Le contrat de travail se distingue notamment du contrat de mandat en ce que ce dernier porte sur "des services à rendre", alors que le travailleur se met "au service" de l'employeur. Le rapport de subordination constitue le critère distinctif essentiel du contrat de travail et se manifeste sous les aspects temporel, spatial et hiérarchique, même si ces derniers ne sont pas toujours tous réunis au même degré. Pour mesurer leur rôle, on se fonde sur l'image globale que présente l'intégration de l'intéressé dans l'entreprise (Gabriel Aubert, Commentaire romand, n. 5 à 13 ad art. 319 CO; Engel, Contrats de droit suisse, 2e éd., p. 292 et 479; Rémy Wyler, Droit du travail, p. 41 et 42; Staehelin/Vischer, Commentaire zurichois, n. 38 s ad art. 319 CO; Rehbinder, Commentaire bernois, n. 6 à 12 ad art. 319 CO; Brunner/Bühler/Waeber, Commentaire du contrat de travail, 2e éd., p. 9 à 11; Vischer, Le contrat de travail, TDPS VII,I,2, p. 34 et 35, p. 37 ss; Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2e éd., n. 5 ad art. 319 CO). A l'opposé, le mandataire, qui doit suivre les instructions de son mandant, peut s'organiser librement et décider lui-même de son horaire et de son lieu de travail, et il agit sous sa seule responsabilité (Werro, Commentaire romand, n. 26 et 27 ad art. 394 CO). Le critère de distinction essentiel réside dans l'indépendance du mandataire par rapport à son mandant. Tant que ce dernier, par le biais de ses directives, informe le mandataire de la manière générale dont il doit exécuter sa tâche, les règles du mandat sont applicables. Dès que ces directives vont plus loin, qu'elles influent sur l'objet et l'organisation du travail et qu'elles instaurent un droit de contrôle de celui qui donne les instructions, il s'agit d'un contrat de travail (Rémy Wyler, op. cit., p. 43 et 44). Les critères à disposition pour différencier le mandat du contrat de travail tiennent à l'objet de l'activité, à sa durée, à sa rémunération, aucun n'étant déterminant pris isolément. Dans certaines situations, notamment en ce qui concerne les activités libérales, la distinction est particulièrement délicate (Vischer, op. cit., p. 37 et 38). Des difficultés singulières peuvent apparaître lorsque le contrat porte sur des prestations caractéristiques des professions dites libérales, où une certaine autonomie est admise dans les deux

situations de contrat de travail et de contrat de mandat, la séparation entre service indépendant et service dépendant étant très mince (Stahelin/Vischer, Commentaire zurichois, n. 39 ad art. 319 CO; Rehbinder, Commentaire bernois, n. 52 ad art. 319 CO; Brühwiler, op. cit., p. 30; Werro, op. cit., n. 27 ad art. 394). La difficulté s'est encore accrue plus récemment en raison de l'apparition des collaborateurs libres (Freie Mitarbeiter/Freelancer), à cause d'un besoin accru de flexibilité des employeurs et de modifications sociologiques dans la conception du travail, de la part des employés (Wolfgang Harder, Freie Mitarbeiter/Freelancer/Scheinselbständige - Arbeitnehmer, Selbständige oder beides ? in: ArbR 2003, p. 72 et 73). Les travailleurs libres sont définis comme des personnes indépendantes agissant seules et mettant à disposition d'un autre entrepreneur leur activité personnelle et sans l'aide d'un tiers, pendant un temps plus ou moins long, de manière exclusive ou presque, étant précisé qu'ils demeurent autonomes dans l'organisation de leur travail, tant d'un point de vue temporel que matériel (Harder, op. cit., p. 71 n. 1.3).

2.3. D'autres indices, tels que la stipulation d'un délai de congé, d'une clause de prohibition de faire concurrence, la retenue des charges sociales peuvent en outre être pris en compte pour la qualification du contrat de travail.

3. En l'espèce, le libellé des contrats conclus entre les parties, que ce soit celui du 18 juin 1998 ou celui du 18 novembre 1998, qualifie expressément l'appelante d'indépendante. Les contrats suivants, certes non signés par l'appelante, parlent de contrat de mandat. L'appelante n'a jamais élevé la moindre contestation au sujet des termes employés. Elle s'en défend dans ses écritures, mais n'a rien démontré qui pourrait étayer cette position. En conséquence, la terminologie utilisée d'un commun accord milite en faveur d'un statut d'indépendant.

Par ailleurs, il est établi que les rares objets nécessaires à l'exercice des gardes d'urgence, soit le bip et le portable, appartiennent à l'appelante, qui n'a jamais demandé le remboursement des frais engendrés par ces objets. Assumant ainsi personnellement une charge, cet élément plaide également en faveur du même statut ; en effet, usuellement, ces outils de travail sont à la charge de l'employeur, de même que leur coût d'utilisation, lorsque l'on se trouve en présence d'un contrat de travail.

D'un autre point de vue, non seulement la rémunération de l'appelante n'était soumise à aucune cotisation sociale mais, bien au contraire, il était prévu que ladite rémunération incluait l'assujettissement à la TVA au taux de 6.2%, ce qui est caractéristique d'une prestation facturée à un client par un indépendant.

Les pièces produites démontrent que les parties n'ont pas davantage prévu une durée d'activité, déterminée ou non, ni une quelconque référence à l'existence de vacances ou à une indemnité y relative, ou encore la référence à un quelconque délai de congé, éléments caractéristiques d'un contrat de travail.

Au surplus, la rémunération de l'appelante se faisait sous la forme de décomptes, qualifiés de décomptes d'honoraires, dont les montants nets étaient basés sur les relevés d'activité établis par elle-même. La périodicité de la rémunération et les montants perçus lors de chaque versement ont toujours varié, ce qui est à l'opposé d'une relation découlant d'un contrat de travail.

Enfin, l'appelante a déclaré les revenus provenant de son activité pour l'intimée comme étant tirés d'une activité lucrative indépendante dans sa déclaration fiscale 2002. Le revenu annoncé, de 105'698 fr., correspond grosso modo au total des honoraires perçus par elle de E\_\_\_\_SA, tels que ceux-ci ressortent des décomptes versés à la procédure. De plus, l'appelante a expressément mentionné dans ladite déclaration que ce revenu provenait d'une activité d'indépendante exercée sous le nom de « T\_\_\_\_\_ ».

Ainsi, les pièces et les témoignages recueillis démontrent que l'ensemble des circonstances concrètes ayant prévalu pendant toute la durée des rapports contractuels amène à la conclusion que les parties se sont entendues de manière parfaitement réciproque et concordante sur un statut d'indépendant de l'appelante, laquelle n'a au surplus jamais formellement revendiqué la conclusion d'un contrat de travail ni contesté le mode de rémunération convenu ou exigé le paiement de charges sociales. Il est encore établi que l'appelante a conservé la faculté de choisir ses gardes, donc d'organiser son temps de travail, et que la prise des vacances résultait de sa seule volonté. Sa volonté s'exprime d'ailleurs également dans sa déclaration fiscale, qui revendique le statut d'indépendante.

Qui plus est, le témoin I\_\_\_\_\_ a affirmé que l'appelante avait expressément refusé le contrat de travail qui lui avait été proposé en janvier 2003.

Ainsi, en conclusion, les seuls éléments mis en évidence lors de l'instruction de la présente procédure militent tous en faveur d'un contrat de mandat et la décision des premiers juges doit être confirmée.

4. Compte tenu du résultat de l'appel, l'émolument perçu reste acquis à l'Etat.

### **PAR CES MOTIFS**

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

#### **A la forme :**

Déclare recevable l'appel interjeté par T\_\_\_\_\_ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes rendu à la suite de la délibération du 7 avril 2004 dans la cause C/17782/2003-5 ;

#### **Au fond :**

Confirme ledit jugement;

Dit que l'émolument de 400 fr. versé par T\_\_\_\_\_ reste acquis à l'Etat ;

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La Greffière de juridiction

Le Président