



T_____
Dom. élu : Me Nils DE DARDEL
Avocat
6, rue Verdaine
1211 – GENEVE 3

E_____ SA

B – 1050 – BRUXELLES
Succursale de Genève
Dom. élu : Me Franck AMMANN
Avocat
Grand-Chêne 5
Case postale 5028
1002 - LAUSANNE

Partie demanderesse, appelante

Partie défenderesse, intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

du 9 avril 2010

M. Werner GLOOR, président

MM. Jean PRAZ et Thierry ULMANN, juges employeurs

Mmes Béatrice BESSE et Josiane POITRY-PINOL, juges salariées

M. Pierre-Alain STÄHLI, greffier d'audience

FAITS :

a)

T_____, de nationalité suisse, né en 1960, domicilié à Genève, docteur en médecine, spécialiste FMH (rhumatologie), a postulé, en été 2001, pour un poste de *médecin régulateur* auprès d'E_____ SA, succursale de Genève (PV 28.1.2010 p. 2; pièce 19 déf).

Le 1^{er} mai 2001, T_____ avait rejoint, en tant qu'associé aux frais, un cabinet médical ("Groupe médical A_____", dirigé par le Dr. B_____) à Genève, dont les membres pratiquèrent la médecine en tant que médecins indépendants. Auparavant, d'octobre 1999 à mai 2001, il assumait la fonction de médecin en chef ("leitender Arzt"), en position salariée, à la Clinique de réhabilitation C_____, à X_____ BE (ci-après Clinique C_____) (PV du 11.3.2010, p. 2 ; pièce 19 déf. CV ; liasse 8a).

b)

E_____ SA - telle est sa raison sociale à teneur de ses Statuts et du Registre du commerce Bruxelles, dossier N° 394.025 - est une société d'assurance belge, fondée en 1976, filiale de service à 100% du Groupe français D_____, assureur mondial basé à Paris. La société a son siège social à _____, à 1050 – Bruxelles (PV du 28.1.2010, p. 1). E_____ SA assure, entre autres, l'assistance médicale et le rapatriement d'accidentés assurés D_____ dans le monde entier; elle dirige des représentations ou succursales sur tous les continents, et dans de nombreux pays.

E_____ SA détient notamment une succursale à Genève, dont le but consiste à exploiter les "diverses branches d'assurance couvrant les risques de l'assistance voyageurs et des branches et activités qui lui sont complémentaires ou connexes" (Extrait RegCom GE, pièce liasse II/1 app).

Plus précisément, E_____ SA Genève s'occupe depuis 1997 de l'assistance médicale et au rapatriement d'assurés D_____ domiciliés en Suisse. A cet effet, elle a mis en place un plateau d'assistance fonctionnant 24 heures sur 24, 7 jours sur 7 et occupant, en relais, quelque 35 à 40 personnes (pièce liasse II/2 app. ; liasse VIII, liste des salariés).

Pour l'évaluation médicale des dossiers parvenant à un plateau d'assistance, E_____ SA recourt à des médecins, appelés *médecins régulateurs*. Ces derniers ont pour tâches : a) d'analyser les cas et de répondre aux demandes d'assistance ; b) de décider des modalités de rapatriement (mais pas du principe) ; c) de superviser sur le plan opérationnel l'organisation des rapatriements médicalisés et des hospitalisations ; d) d'assurer l'interface entre le plateau d'assistance et les équipes médicales (à

l'étranger) ; e) de soutenir les chargés d'assistance du plateau ; f) d'établir et de gérer des rapports médicaux avec les différents correspondants (confrères à l'étranger, hôpitaux) ; g) de donner des explications médicales aux assurés et à leurs familles ; et h) de participer, sur une base de volontariat, aux missions de transport et de rapatriement (cf. liasse II,/3 app; pièces 1 et 12 p. 2 dem).

Selon le pays ou la région médicale, les médecins régulateurs d'E_____ SA déploient leur activité ou bien dans les locaux des plateaux d'assistance, auquel cas ils sont mis au bénéfice d'un contrat de travail, ou bien ils collaborent à distance, d'un point extérieur à ces plates-formes, auquel cas E_____ SA leur octroie, en règle générale, le statut de mandataire.

La direction administrative et organisationnelle (RH) d'E_____ SA Genève est assumée, depuis sa création, par le siège du Groupe D_____, à Paris. De 1997 à 2008, c'était le Dr. F_____, Directeur médical international chez Groupe D_____, à Paris, qui exerçait la haute supervision sur E_____ SA Genève, dont la direction était en mains de M. G_____ (témoin H_____, PV du 11.3.2010 p. 3 ; I_____, PV 1.3.2010, p. 6).

c)

Jusqu'à fin 2001, E_____ SA Genève collaborait avec deux médecins régulateurs: le Dr. L_____, ressortissant français, domicilié à Annecy, et le Dr H_____, de nationalité suisse, domicilié à Genève. Le premier était médecin dans une clinique à Annecy, le second avait un cabinet indépendant, l'autre à Genève; les deux exerçaient leur fonction de médecins régulateurs à titre accessoire à leur activité principale, et ce à partir de leurs lieux de travail respectifs, moyennant les techniques de communication en cours à l'époque : téléphone fixe, téléphone portable, fax (témoins H_____, PV 11.3.2010 p. 2 ss; L_____, PV 24.2.2009, p. 4).

Le Dr. L_____ exerçait dès 1981 comme médecin régulateur, en France, et ce auprès d'INTER ASSISTANCE GIE (ex-UAP Assurance, puis D_____ Assistance). Jusqu'à sa prise de fonction chez E_____ SA à Genève, en 1997, il menait cette activité au bénéfice d'un contrat de travail à temps partiel (témoin L_____, PV 24.2.2009, p. 4 ; liasse 9 dossier apporté L_____ c/ E_____ SA C/27398/2008-5).

Les Dr. H_____ et L_____ exerçaient leur fonction de médecin régulateur en alternance voulue par E_____ SA, c'est-à-dire se remplaçaient l'un l'autre selon un planning qu'ils devaient communiquer à la plate-forme. Ils étaient censés répondre à un appel et donner leur avis dans un délai de deux heures (témoin H_____, 24.2.2009, p. 6). Ils n'avaient pas le droit de refuser des dossiers (témoin H_____, 11.3.2010, p. 3). La décision ultime pour ou contre un rapatriement était du ressort de M. G_____, directeur de la succursale – il n'était pas médecin de profession (ibid. p. 4).

Pour leur collaboration, E_____ SA versait à ses deux médecins régulateurs un montant mensuel de fr. 3'000.- net, à eux de décompter avec la sécurité sociale (*ibid*). Ils étaient défrayés pour leurs frais.

A l'époque, les médecins régulateurs d'E_____ SA Genève n'étaient pas liés par une interdiction d'exercer une activité analogue pour le compte d'un concurrent d'D_____ ou d'E_____ SA; ils pouvaient également sous-déléguer les tâches confiés à des confrères (témoin H_____, PV 24.2.2009, p. 7). Par ailleurs, E_____ SA leur demandait explicitement d'exercer la profession de médecin, soit à titre d'indépendant ou salarié – à côté de leur activité pour E_____ SA, et ce pour qu'ils ne perdent pas l'expérience pratique.

Pendant les deux premières années de sa collaboration avec E_____ SA, le Dr. H_____ s'est considéré comme salarié d'E_____ SA ; aussi a-t-il sollicité sa régularisation (PV du 24.2.2009, p. 7). M. G_____ s'y est opposé et lui a précisé qu'il pouvait, s'il le souhaitait, déléguer ses tâches à un confrère (*ibid*. p. 7).

Profitant de cette liberté, le Dr. H_____ a monté, en parallèle à son activité pour E_____ SA, SOS Médecins Zurich - une structure offrant des services d'urgence, y compris sur mandat d'assureurs (témoin H_____, PV 11.3.2010 p. 3- 4).

Courant premier semestre 2001, le directeur d'E_____ SA Genève, G_____ entendait imposer aux médecins régulateurs des *lignes directrices* quant à leur travail d'évaluation (fond, modalités de transmission); en particulier, il entendait voir reconnu par écrit son droit de s'opposer à un avis de rapatriement. Par ailleurs, il voyait d'un mauvais œil l'activité du Dr. H_____ pour SOS Médecins à Zurich, jugée concurrentielle. Soucieux de garder sa liberté, ce dernier s'est refusé de déférer aux desiderata de M. G_____. Sur ce, E_____ SA a mis fin aux rapports de collaboration avec ce praticien et s'est mis, dès l'été 2001, à la recherche d'un successeur pour le poste de médecin régulateur (témoin H_____, PV 11.3.2010, p. 4-5).

d)

Lors des pourparlers avec E_____ SA Genève, en septembre 2001, M. T_____ a eu affaire, dans un premier temps, au Dr. F_____, Directeur médical international, d'D_____ Assistance, à Paris, en présence de M. G_____ (cf. pièce 2 dem; témoin G_____ PV 24.2.2009 p. 7).

Le Dr. F_____ a remis à T_____ une sorte de cahier des charges, intitulé "Charte de qualité des médecins de zone" (pièce 1 dem). Le document porte, en bas de la première page, la mention de son auteur: "Dr. F_____ – 24 août 2001".

Côté profil, ce document attend du médecin régulateur, outre des compétences médicales, une "disponibilité pour l'entreprise" et ajoute: "il complétera cette activité

par sa pratique médicale hospitalière ou privée, *absolument nécessaire au maintien de ses qualités de médecin*".

Côté fonctions, le document énonce que le médecin régulateur: a) prend contact avec les médecins correspondants dans les hôpitaux et, en relation avec les autres médecins de zone, informe, analyse et prend les décisions nécessaires ; b) prend en charge l'ensemble des cas médicaux consécutifs à l'application des garanties d'assistance médicale prévues contractuellement ; c) établit des contacts avec les hôpitaux et les cliniques dans lesquels nos assurés auront été transportés et ce, dans le monde entier (...); d) il décide de faire ou non transporter les blessés ou malades en utilisant les moyens adaptés à chaque cas ; f) il donne des nouvelles médicales aux familles des blessés ou des malades, en accord avec ceux-ci et dans le respect des règles de la déontologie ; g) il réserve des places dans les services hospitaliers ; h) il donne des conseils médicaux par téléphone ; i) il formule des avis sur les annulations de voyage (pièce 1 dem).

Sous l'intitulé "Obligations", le document précise, à l'intention du médecin régulateur, ceci (pièce 1 dem) :

- "Il doit maintenir une activité médicale régulière hospitalière ou privée ;
- En tant que médecin salarié de l'entreprise, il a un devoir de réserve et un exercice exclusif de la pratique de l'assistance médicale par rapport à des sociétés concurrentes (.....).

T_____ s'est vu proposer une rémunération mensuelle de Fr. 3'500.-net, la mise à disposition, aux frais d'E_____ SA, des instruments IT appropriés (téléphone portable, ordinateur, wifi, logiciels interactif avec le site protégé E_____ SA), ainsi que la prise en charge des frais liés à son activité (notamment: frais de déplacement et d'hébergement à l'occasion d'une mission ou d'un séminaire).

A l'instar de son prédécesseur, le Dr. H_____, T_____ était censé assumer, en coopération et alternance avec le Dr. L_____, une permanence de 24 heures sur 24, 7 jours sur 7, et devait fournir ses avis et conseils dans un délai de 2 heures à compter de la transmission (par fax ou ordinateur) d'un dossier. Il n'avait pas le droit de refuser les dossiers. En revanche, il avait le droit de ne pas accepter d'assumer des missions de rapatriement (témoin I_____, PV du 11.3.2010 p. 5 ; PV du 28.1.2010 p. 3).

T_____ n'était pas autorisé de déléguer ses tâches à un confrère (autre que le Dr. L_____) ni avait-il le droit d'exercer, en parallèle, une activité de médecin régulateur pour un concurrent d'E_____ SA ou d'D_____.

Il était convenu d'une façon générale que, pour son activité, T_____ devait respecter les modalités d'exécution prévues par E_____ SA, telles que M. G_____, directeur, ou, en son absence, Mme J_____, responsable du plateau d'assistance, pouvaient les lui communiquer. Il devait se concerter avec le Dr. L_____ et communiquer, ensemble, à

temps, leur planning au plateau d'assistance (liasse 8b ; témoin I_____, PV du 11.3.2010 p. 5).

T_____ a accepté ces conditions de collaboration (cf. pièce 15 déf).

A l'exception du cahier des charges du 21 août 2001 (= pièce 1 dem), les parties n'ont pas donné à leur accord la forme écrite.

Lors du recrutement et engagement de T_____, E_____ SA Genève (et notamment M. G_____, directeur, non-juriste) partait de l'idée que l'intéressé devait collaborer, à l'instar du Dr. H_____ ou le Dr. L_____, en tant que médecin régulateur indépendant (témoin G_____, PV du 24.2.2009, p. 7).

Les rapports de collaboration ont commencé le 1^{er} janvier 2002 (pièce 15 déf = lettre T_____ à E_____ SA du 18. 2. 2002; liasse 8a) Dans cette lettre du 18 février 2002, T_____ se dit "heureux d'exercer le mandat de médecin de zone (...)" (pièce 15 déf).

e)

Lors de son entrée en fonction, T_____ s'est vu remettre un téléphone cellulaire – le titulaire de l'abonnement étant E_____ SA. Dans un premier temps, le plateau d'assistance lui transmettait les dossiers par fax ou téléphone. Ultérieurement, il recevait un ordinateur portable, équipé wifi, avec un logiciel E_____ SA pré-installé – lui permettant d'établir, à partir de n'importe quel endroit (sans fil [borne de proximité], ou avec une carte téléphonique), et moyennant un code d'identification, une liaison sécurisée avec l'ordinateur d'E_____ SA, lui permettant de travailler *on-line* sur les dossiers clients retranscrits, sur le logiciel, par les chargés d'assistance du plateau, et de remplir, avec ses réponses de médecin, les champs topiques sur des pages à rubriques et questions pré-formulées (témoins I_____, PV du 11.3.2010 p. 5 ; K_____, p. 8-9).

A partir de l'arrivée de T_____, les missions de rapatriement étaient effectuées exclusivement par le Dr. L_____ (témoin I_____, PV du 11.3.2010 p. 5), et ce en sus de son activité de médecin régulateur. Il touchait, pour cette activité supplémentaire, une rémunération à part (témoin G_____, PV du 24.2.2009 p. 8).

T_____ se partageait les permanences avec le Dr. L_____; les deux médecins se relayaient chaque semaine, sauf prise de vacances, maladie ou autre empêchement, auquel cas le praticien en charge d'une permanence devait la continuer jusqu'au retour de l'autre médecin. Le planning devait être communiqué à temps au plateau d'assistance et approuvé par la Direction; il était affiché (témoin I_____, PV du 11.3.2010 ; liasse 8b).

Ils devaient déférer à un cahier de charges, défini par E_____ SA, pour l'accomplissement de leur mission (mémoire-réponse du 5.2.2009, liasse 6, § 48 p. 13).

L'autorité de M. G_____ – et en son absence de Mme J_____ – s'exerçait non seulement sur les chargés d'assistance, mais également sur les médecins régulateurs (témoins I_____, PV du 11.3.2010 p. 6 ; K_____, p. 8). Les chargés d'assistance devaient contrôler – du point de vue administratif - le travail des médecins régulateurs, vérifier si toutes les questions posées ont obtenu une réponse, et une réponse dans les délais imposés – à savoir dans les 2 heures - et si les téléphones qu'ils devaient faire à l'étranger ont été faits (témoins I_____, PV du 11.3.2010, p. 6 ; K_____, p. 8 ; cf. liasse II/2 "Note aux chargé(e)s d'assistance" du 17.7.2003).

C'est M. G_____ qui décidait en dernier du principe et des modalités d'un rapatriement – la détermination des médecins régulateurs étant, à cet égard, une simple recommandation (témoins I_____, PV du 11.3.2010 p. 7 ; K_____, p. 8).

T_____ avait l'habitude d'ouvrir son ordinateur tous les matins vers 8 heures ; il se connectait sur l'ordinateur d'E_____ SA, via un accès protégé (PV du 11.3.2010 p. 2). Lorsqu'il y avait un cas d'urgence, les chargés d'assistance devaient l'appeler sur son portable (liasse II/2).

La durée de connexion des ordinateurs des médecins régulateurs avec l'ordinateur d'E_____ SA Genève était techniquement mesurable, mais cette possibilité n'a pas été utilisée; en revanche, le temps de connexion des chargés d'assistance était contrôlé par le responsable IT (témoin K_____, 11.3.2010 p. 9).

Lorsque, dans le cadre de son activité pour E_____ SA, T_____ s'adressait à de tierces personnes (confrères à l'étranger, patients, médecins, hôpitaux ou membres de famille) il devait se présenter comme "médecin E_____ SA" (témoins K_____, PV du 11.3.2010, p. 8 ; I_____, p. 7). Par ailleurs, E_____ SA lui a remis des cartes de visites au logo D_____ ASSISTANCE, portant les mentions "Docteur T_____, Médecin responsable/ Medical Advisor, _____, 1204 Genève, tél. 41 22 819 44 73, fax 41 22 819 44 99, e-mail : T_____@D_____-assistance.com" (liasse II, pièce 4 dem).

T_____ devait rendre des rapports sur son activité (témoin I_____, PV du 11.3.2010, p. 6). Il devait en principe également participer aux réunions d'information et de coordination de la Direction; toutefois, il n'y participait pas systématiquement, vu ses autres occupations (témoin K_____, PV du 11.3.2010 p. 9). Il faisait partie de l'organigramme d'E_____ SA Genève, où, sous la Direction de G_____, il émargeait, avec le Dr. L_____ du Département "Service médical" de la société (pièce 14 dem). Aux yeux du personnel, il était un employé comme les autres (témoins K_____, PV du 11.3.2010 p. 9 ; I_____, p. 7). Il était convié aux fêtes de fin d'année de l'entreprise (témoin I_____, PV 11.3.2010 p. 7).

Lorsqu'il travaillait pour E_____ SA, T_____ ne facturait pas les patients pour ses services (non-contesté) et il n'assumait pas de risque d'entreprendre ("Geschäftsrisiko").

f)

Se rendant compte que E_____ SA ne l'avait pas affilié à l'AVS, et le considérait comme indépendant, T_____ s'est adressé, courant 2002, à M. G_____ et a sollicité un changement de son statut – allant jusqu'à présenter à ce dernier une note d'honoraires, sur une base de Fr. 240.-/H, tarif usuel selon l'Ordre des médecins genevois, pour un praticien indépendant (décl. T_____, entendu à titre de renseignement dans la cause apportée L_____ c/ E_____ SA, C/27398/2008-5, PV du 3.3.2009 p. 6). Ceci lui a été refusé, au motif qu'un tel changement n'irait pas sans emporter un changement identique du statut du Dr. L_____ – ce que E_____ SA voulait éviter (témoin G_____, PV du 24.2.2009 p. 7).

Le 25 juillet 2003, E_____ SA Genève a fait l'objet d'un contrôle d'employeur par la Caisse de compensation FER CIAM 106.1. Procédant à une analyse, à la lumière de la législation AVS, de la situation des médecins régulateurs occupés par E_____ SA, la caisse a considéré que ceux-ci déployaient chez E_____ SA une activité *dépendante*, et qu'à ce titre E_____ SA revêtait la qualité d'employeur, et les médecins régulateurs étaient des salariés. Le 3 novembre 2003, E_____ SA s'est vu adresser une décision d'assujettissement assortie d'un décompte rectificatif – sur 5 ans en arrière – de Fr. 58'351.-.

E_____ SA n'a pas recouru contre cette décision administrative. Elle ne l'a pas non plus portée de suite à la connaissance des intéressés. Elle a donc affilié à l'AVS, conformément à la décision, avec effet rétroactif, les trois médecins concernés – à savoir les Dr. H_____, L_____, T_____ ; elle a décompté en conséquence non seulement *ex post*, mais aussi pour la suite. E_____ SA a pris à sa charge non seulement la part patronale, mais également la part salarié des cotisations AVS mais pas à une caisse de prévoyance professionnelle (cf. liasse IV ; PV du 11.3.2010, p. 1 ; pièces 3–5a, et pièce 43 dem ; liasse VIII).

E_____ SA n'a pas saisi cette occasion pour aligner le statut contractuel de T_____ sur l'analyse et la qualification faites par la sécurité sociale. Dans sa perception des choses, ce dernier gardait – du point de vue du droit des obligations – le statut de mandataire indépendant.

Toutefois, par courrier du 6 octobre 2005, E_____ SA Genève a informé T_____ que "pour les années 2002 – 2004, nous avons déclaré à l'AVS les *salaires* annuels bruts suivants: 2002 : Fr. 38'182.- ; 2003 : Fr. 42'000.- ; 2004 : Fr. 42'000.-" (pièce 3 dem). Par courrier du 18 septembre 2006, E_____ SA l'a informé avoir "déclaré à l'AVS un *salair*e annuel brut de Fr. 42'000.-" (pièce 4 dem); par courrier du 13 septembre 2007, elle l'a informé avoir "déclaré, pour l'année 2006, un *salair*e AVS annuel brut de Fr. 46'500.-" (pièce 5 dem), et par courrier du 5 mars 2008, elle lui a confirmé avoir "déclaré, pour l'année 2007", un *salair*e AVS annuel brut de Fr. 48'000.-" (pièce 5 a dem).

La caisse de compensation ne s'est pas assurée que E_____ SA - qu'elle venait de qualifier comme employeur, au sens de l'AVS, des trois médecins régulateurs - assume vis-à-vis de ces derniers, aussi ses obligations découlant de la Loi sur la prévoyance professionnelle (art. 11 al. 4 LPP, RS 831.40).

g)

Le 30 octobre 2002, T_____ a quitté le groupe médical du Dr. B_____ et a ouvert un cabinet à lui, à temps partiel, au 7b avenue Miremont, à Genève (liasse 8a).

Dès le 1^{er} avril 2004, T_____ a réintégré, comme médecin en chef salarié, et à temps partiel, la Clinique de réhabilitation C_____, à X BE (liasse 8a ; PV du 24.2.2009 p. 3). Il y travaillait du lundi au jeudi (midi). Les jeudi après-midi et vendredis, il les consacrait à son propre cabinet à Genève. Il y effectuait un horaire de 8H00–12H00, 14H00–16H00. Vu la nature de la clinique (réhabilitation), il n'avait pas de cas d'urgences à traiter. Ceci lui permettait de consulter son ordinateur et de répondre aux appels d'E_____ SA Genève (PV du 28.1.2010 p. 4).

E_____ SA était informé de cet emploi de T_____ à la Clinique de réhabilitation C_____ (témoin I_____, PV du 11.3.2010, p. 7). La direction de la clinique, de son côté, était au courant de la collaboration de ce médecin avec E_____ SA Genève.

Pour 2002, T_____ réalisait chez E_____ SA des gains légèrement inférieurs à ce qu'il gagnait dans son cabinet de groupe (Dr. B_____). En 2003, les gains réalisés chez E_____ SA représentaient la majeure partie de ses revenus. Une fois entré au service de la clinique C_____ (dès le 1.4.2004), il y gagnait Fr. 9'500.- brut par mois. Il y travaillait jusqu'à fin 2008. Les gains réalisés à la clinique C_____ représentaient deux fois de ce qu'il gagnait en parallèle chez E_____ SA (décl. T_____, PV du 11.3.2010, p. 2).

h)

A compter du 1^{er} avril 2006, E_____ SA a porté la rémunération forfaitaire par mois de T_____ à Fr. 4'000.- (pièce 5a dem; pièce 20 déf).

E_____ SA défrayait T_____ pour les frais engagés en rapport avec son activité, et ce contre présentation des factures (pièces sous No. 21 déf).

Pour sa collaboration avec E_____ SA, dans un premier temps, T_____ s'était affilié à la sécurité sociale en tant *qu'indépendant*.

S'agissant des autorités fiscales, T_____ a déclaré les revenus obtenus d'E_____ SA comme revenus provenant d'une activité lucrative *indépendante*, et ce de 2002 à 2008

(décl. T_____, PV du 28.1.2010, p. 5 ; PV du 24.2.2009, p. 2). Toutefois, dans un courrier du 9 octobre 2006 à la Ville de Genève (taxe professionnelle), il a précisé que la caisse de compensation FER CIAM 106.1, à laquelle était affiliée E_____ SA Genève, l'avait considéré comme salarié, et ce avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2002 (liasse 8a).

T_____ était titulaire d'une assurance responsabilité civile (RC) pour son activité de médecin indépendant; la police (No. 1179370) conclue, le 23 avril 2001, auprès d'D_____ Compagnie d'assurances¹, Lausanne, ne couvrait cependant que l'activité déployée dans son propre cabinet. Une fois entamée la collaboration avec E_____ SA, le 1^{er} janvier 2002, il n'a pas élargi la couverture à son activité de médecin régulateur – car il considérait être, pour celle-ci, au bénéfice de l'assurance RC d'E_____ SA (liasse VII ; décl. T_____, PV du 28.1.2010 p. 6).

En novembre 2007, T_____ a été mis nominativement au bénéfice du programme "D_____ miles", mis en place en 2007, soit un programme permettant à "tous les salariés du Groupe D_____" d'obtenir gratuitement 100 actions de la société D_____ en deux étapes: 50 en 2007, et 50 en 2009 (pièce 13 dem).

i)

Fin 2007, E_____ SA Genève a licencié M. G_____ avec effet immédiat, pour justes motifs et a déposé plainte pénale à son encontre (décl. E_____ SA, PV du 28.1.2010 p. 4). Ce renvoi n'avait aucun lien avec les dossiers des Dr. L_____ et T_____ (ibid). Il a été remplacé par Mme M_____ (Liasse II/1). E_____ SA a également engagé, début 2008, un nouveau responsable des ressources humaines, à savoir M. N_____.

Début 2008, les Dr. L_____ et T_____ ont demandé à la nouvelle directrice la "régularisation" de leur situation; ils ont réclamé être reconnus comme salariés de l'entreprise. Mme M_____ a rejeté cette requête.

Par courrier du 4 mars 2008, remis en mains propres, E_____ SA Genève a fait savoir à T_____ ce qui suit : "Résiliation du contrat de médecin-conseil (mandat externe)", et "nous mettons fin à notre collaboration avec effet immédiat" (pièce 6 dem). Par un courrier subséquent du 8 mars 2008, E_____ SA encore précisé que "la fin des nos relations contractuelles est à notre initiative" (pièce 7 dem).

Une décision parallèle, identique, a été adressée, le même jour, à M. L_____ (dossier apporté L_____ c/ E_____ SA C/27398/2008-5, PV du 3.3.2009, p. 3).

Par courrier recommandé de son conseil du 25 avril 2008, T_____ a affirmé l'existence d'un contrat de travail, réclamé le respect d'un délai de congé, formé opposition au

¹) Pure coincidence.

congé jugé abusif et abrupt, offert ses services, demandé paiement du salaire-préavis, des 13èmes mois de salaire (depuis 2002), des vacances "jamais accordées", et le versement des cotisations LPP – "jamais versées" – à l'institution de prévoyance professionnelle à laquelle E_____ SA était affiliée (pièce 8 dem).

Par courrier de son conseil du 26 juin 2008, E_____ SA Genève a rejeté ces prétentions, considérant que l'intéressé était mandataire, non pas salarié (pièce 9 dem).

PROCEDURE

A)

Par acte expédié par pli recommandé du 21 novembre 2009 et parvenu au greffe de la Juridiction des prud'hommes en date du 24 novembre 2008, T_____, agissant par la plume de son conseil, a assigné "E_____ Bruxelles, succursale de Genève, _____ – Genève" en paiement de Fr. 12'000.-, avec intérêts à 5% dès le 15 avril 2008, à titre de salaire net, de Fr. 23'540.- avec intérêts à 5% dès le 15 mars 2005, à titre de 13^{ème} mois de salaire net, de Fr. 29'380.- avec intérêts à 5% dès le 15 mars 2005, à titre d'indemnité-vacances nette de charges, de Fr. 6'415.- avec intérêts à 5% dès le 15 mars 2005, à titre de participation de l'employeur aux primes d'assurance-maladie, de Fr. 19'127.- avec intérêts à 5% dès le 15 mars 2005 à titre de supplément de salaire pour travail de nuit, le samedi, le dimanche et les jours fériés, nette de toute charge sociale et de Fr. 24'000.- avec intérêts à 5% dès le 1^{er} juin 2008, à titre d'indemnité pour congé abusif. Enfin, il a encore conclu à ce que "l'employeur" soit condamné "à verser la totalité des primes et cotisations sociales, y compris la part employé, aux créanciers d'assurances sociales sur les montants précités 1 à 6" (liasse 1 p. 16).

Le demandeur y a exposé, en préambule à sa demande au fond, avoir été salarié de la défenderesse. Au vu des circonstances (dont il donne des éléments), il se serait trouvé "dans un lien de subordination sous l'angle personnel, organisationnel et temporel" (liasse 1).

La demande était accompagnée d'un chargé de 14 pièces (liasse 2), ultérieurement complété par un chargé comportant les pièces numérotées "42 à 46" dem. (liasse 4) (*ad* pièces 15 à 41 cf. *ci-après*).

Par mémoire-réponse du 5 février 2009, E_____ SA (ci-après E_____ SA), a d'emblée excipé de l'incompétence *ratione materiae* de la Juridiction des prud'hommes, et subsidiairement, conclu au déboutement au fond du demandeur (liasse 6, p. 21).

La défenderesse a exposé en substance que le demandeur collaborait en qualité de médecin indépendant; il n'était pas titulaire d'un contrat de travail écrit, ne touchait

chaque mois non pas un salaire, mais un montant de Fr. 3'500.- (puis de Fr. 4'000.-) à titre "d'honoraires forfaitaires de base"; il aurait pu toucher des honoraires supplémentaires s'il avait accepté de se déplacer à l'étranger (rapatriement); il était libre d'organiser son travail, n'était lié par aucun horaire de travail, agissait indépendamment, sous sa seule responsabilité, travaillait en dehors de l'entreprise, en parallèle à ses autres activités pour son propre compte. Le fait que, suite à un contrôle d'employeur, elle ait choisi de l'affilier à l'AVS, n'aurait aucune incidence sur sa situation en droit du travail (liasse 6).

Ce mémoire-réponse était accompagné d'un chargé de 8 pièces, numérotées "15 à 22" déf. (en numérotation continue selon le système procédural vaudois; les pièces 15-41, que ce soit dem. ou déf., n'ont jamais existé et n'ont jamais été versées aux débats ; cf. déclarations concordantes des parties en appel (PV du 28.1.2010, p. 2).

Les deux parties ont sollicité l'audition de témoins – le demandeur a déposé une liste de 15 noms, la défenderesse une liste comportant 5 noms (dossier judiciaire).

A l'audience du 24 février 2009, le Tribunal a procédé à une audition succincte du demandeur. Ce dernier a exposé, entre autres, avoir effectué, en moyenne, 22 heures par semaine pour E_____ SA (PV du 24.2.2009, p. 2).

Le Tribunal a ensuite procédé à l'audition de trois témoins – choisis d'office sur les listes de témoins déposées: M. L_____ et M. H_____, cités par le demandeur, et de M. G_____, cité par le deux parties (PV du 24.2.2009, passim). Les parties ont sollicité l'audition de leurs autres témoins – quitte à "abréger" leur liste (PV du 24.2.2009, p. 8).

La Tribunal a clos l'audience sans préciser la suite qu'il entendait donner à la procédure: clôture des débats, ou fixation d'une seconde audience (PV du 24.2.2009, p. 9).

Par courrier du 2 mars 2009, le conseil du demandeur a transmis au Tribunal une liste de témoins "abrégée" (liasse 9).

B)

Par jugement du 28 mai 2009, le Tribunal des prud'hommes a "rectifié les qualités de la partie défenderesse en E_____ SA, "renoncé à l'audition des témoins I_____, K_____, O_____, P_____, Q_____, J_____, R_____, S_____, U_____, V_____ et W_____", et "déclaré irrecevable la demande formée le 21 novembre 2008 par T_____ contre "E_____", société anonyme (liasse 10).

Le Tribunal a considéré en substance que les parties n'étaient pas liées par un contrat de travail au sens des articles 319 ss CO, et partant, vu l'article 1^{er} LJP, qu'il n'avait pas la compétence matérielle pour examiner ce litige.

Il a estimé, notamment, qu'en l'espèce la condition centrale pour retenir un contrat de travail, i. e. l'existence d'un rapport de subordination (juridique) entre prestataire de service et donneur d'ordre, n'était pas réalisée. Primo, l'intéressé pouvait déléguer ses tâches à des tiers et n'était pas tenu à une obligation de prestation personnelle ; secundo, il ne devait mettre un temps déterminé au service de la défenderesse, était libre dans l'organisation de son temps, de ses horaires, et était libre dans l'organisation des permanences (avec le Dr. L_____) ; le fait qu'il devait "collaborer avec le plateau technique", ou travailler avec du matériel mis à disposition par la défenderesse, relevait de la "bonne exécution de ses tâches" ; tertio, le demandeur n'était pas subordonné personnellement: il ne recevait pas d'instruction contraignante, n'avait pas de supérieurs, n'était pas tenu d'assister à des réunions, était libre de refuser d'effectuer des rapatriements à l'étranger ; il pouvait se faire remplacer librement par son homologue le Dr. L_____ ; enfin, il se présentait lui-même comme "médecin-conseil" – ce type de fonctionnement dénote "une activité typique d'un mandataire ; quarto, l'existence d'une interdiction de toute activité concurrentielle est également concevable dans le cadre d'un contrat de mandat ; quinto, "l'obligation faite aux médecins régulateurs d'avoir une activité principale à l'extérieur" (...) "contredit clairement la notion du contrat de travail" ; sexto, l'intéressé a lui-même initialement qualifié ses rapports contractuels comme "mandat", et il s'est déclaré au fisc comme indépendant ; septo, la charte de qualité remise par le Dr. F_____ d'D_____ Assistance (Paris) n'engageait pas E_____ SA (liasse 10, p. 15–17).

La page de garde du jugement du Tribunal indique, en usant de guillemets (sic), comme partie défenderesse :

"E_____ ", société anonyme
Dom. élu. Me Franck AMMANN

Le jugement ne contient ni la raison sociale exacte de la défenderesse, ni l'adresse de son siège social. L'existence d'une succursale à Genève est mentionnée dans le corps du texte, sans autre précision.

Ce jugement a été notifié aux parties en leurs domiciles élus respectifs par plis recommandés du 3 juin 2009 (liasse 10, *in fine*).

C)

Le 26 novembre 2008, le Dr. L_____ a assigné E_____ SA à son tour, et par la plume du même conseil que celui du demandeur dans la présente espèce. Il a réclamé le paiement de différents montants découlant d'un contrat de travail. La défenderesse,

agissant par la plume du même conseil que dans la présente cause, a également d'emblée contesté la compétence matérielle de la Juridiction des prud'hommes.

Ladite cause *L_____ c/ E_____ SA* s'est vu attribuer le numéro C/27398/2008-5 et a été confiée au même Tribunal que celui siégeant dans la cause *T_____ c/ E_____ SA* (même Président; à une exception: mêmes juges assesseurs; même greffière-rédactrice).

Dans cette cause *L_____ c/ E_____ SA*, le Tribunal a siégé le 3 mars 2009, limité l'instruction au problème de sa compétence matérielle, et procédé à l'audition du Dr. *T_____*, cité comme témoin. Il a ordonné l'apport de la cause (à ce moment-là non encore instruite *T_____ c/ E_____ SA* et "inversement") (PV du 3.3.2009, p. 5 ; jugement TPRH/419/2009, C/26991/2008-5 du 28.5.2009, p. 9).

Par jugement TPRH/418/2009, rendu dans la cause C/27398/2008-5 ce même 28 mai 2009, le Tribunal a décliné sa compétence matérielle, estimant que les parties n'étaient pas liées par un contrat de travail. Ce jugement est entré en force de chose jugée.

Il ressort du dossier *L_____*, que le Dr. *L_____*, frontalier domicilié à Annecy, n'avait pas d'autorisation pour déployer, en Suisse, une activité lucrative. Il n'a pas non plus fait l'objet, pour ce qui est de ces revenus d'*E_____ SA*, d'un impôt à la source.

D)

Par mémoire de son conseil, contenu dans un pli recommandé du 2 juillet 2009, parvenu au greffe en date du 3 juillet 2009, *T_____*, a formé appel contre le jugement du Tribunal du 28 mars 2009 (liasse I).

L'appelant a conclu, préalablement, à ce que les qualités de l'intimée soient précisées comme suit: "*E_____*, société anonyme à Bruxelles, pour elle sa succursale *E_____ BRUXELLES, SUCCURSALE DE GENEVE*" (liasse I, p. 18).

L'appelant a ensuite conclu, principalement, à l'annulation du jugement entrepris, requis de la Cour qu'elle prononce que les parties étaient liées par un contrat de travail, et, cela fait, au renvoi de la cause au Tribunal pour qu'il statue sur ses conclusions pécuniaires, et, à défaut de renvoi, de statuer elle-même d'emblée sur le fond (liasse I, p. 19).

L'appelant critique le jugement sur plusieurs points. Le Tribunal a mal apprécié l'importance quantitative et qualitative de son travail pour *E_____ SA*. A la différence du Dr. *H_____*, il n'avait pas le droit de déléguer ses tâches à des tiers. Il a dû effectuer des permanences 24 heures sur 24, 7 jours sur 7, une semaine sur deux, en alternance avec le Dr. *L_____*, devait donc être joignable à tout moment, et rendre ses rapports dans un délai de 2 heures. Il a été engagé comme médecin régulateur, non pas

comme médecin transporteur – il avait donc le droit de ne pas effectuer des rapatriement. Il exécutait ses tâches dans un rapport de subordination, était lié par des directives et ne prenait pas seul les décisions de rapatriements ; il ne pouvait refuser des dossiers, et devait rendre compte; il travaillait avec du matériel mis à disposition par E_____ SA qui en payait les abonnements; vis-à-vis des tiers (patients, confrères, familles) il devait s'afficher en tant que médecin D_____ Assistance – avec carte de visite D_____. Le fait de travailler en alternance avec le confrère L_____ est du job-sharing, ce qui n'est pas incompatible avec le contrat de travail. Ni le fait de travailler à distance – ce qui constitue du télétravail. Du reste, il devait, à la demande d'E_____ SA, travailler concomitamment comme médecin auprès – soit dans son propre cabinet ou dans un établissement médical – pour ne pas perdre la main. Il était lié par une clause d'exclusivité. La qualification faite par les autorités de l'AVS de sa situation – elles l'ont jugée activité dépendante, et ont retenu qu'il touchait un salaire – ne saurait être négligée par le juge prud'homal. La charte de qualité remise par le Dr. F_____, directeur médical international Groupe D_____, valait aussi pour Genève. Il faisait partie de l'organigramme, était inscrit dans le programme "D_____ miles" destinés aux salariés; il touchait un salaire fixe – il ne facturait pas E_____ SA des honoraires pour ses prestations (liasse I, points I – XV).

L'appelant a encore sollicité la réouverture des enquêtes et l'audition des témoins "I_____, K_____, O_____, P_____, Q_____, J_____" (selon la liste du 3 mars 2009) et de M. X_____, ancien responsable commercial/marketing, rue de l'Est 6, 1207 - Genève" (liasse I, p. 19)

Le greffe, vu le Règlement du tarif des greffes et la valeur litigieuse (Fr. 114'462.-) a perçu un émolument d'appel de Fr. 2'200.- (dossier judiciaire).

Dans sa "Réponse sur requête d'appel" de son conseil du 21 août 2009, E_____ SA a conclu au rejet de l'appel formé par T_____, avec suite de dépens (liasse III, p. 11).

Rappelant ses moyens de fait exposés en première instance, l'intimée adhère à l'analyse juridique du Tribunal. Elle expose en substance que la commune et réelle volonté des parties, lors de l'engagement, début 2002, était de conclure un contrat de mandat. Cette volonté a été corroborée par le comportement ultérieur des parties. Ainsi, l'appelant n'a jamais réclamé ni 13^{ème} salaire, ni vacances, ni participation au paiement de ses primes d'assurance-maladie, ni indemnité supplémentaire pour travail de nuit ou de jours fériés. Il n'a pas non plus demandé à être affilié aux assurances sociales "habituelles, telles que la LPP ou la LAA", pas plus, du reste, que d'être affilié comme salarié à l'AVS. Le fait ensuite qu'en janvier 2008 encore, l'appelant et le Dr. L_____ aient explicitement sollicité la modification de leur statut, montre qu'ils étaient, dans leurs rapports avec E_____ SA, jusqu'en 2008, médecins indépendants. L'appelant, certes, ne déléguait pas ses tâches; mais il était libre de s'organiser avec le Dr. L_____. Il n'avait aucun horaire à respecter, n'était pas réellement intégré dans la structure d'E_____ SA, travaillant à distance, de l'extérieur. Il n'avait pas de règles et modalités à suivre pour l'exécution de ses tâches. S'il devait se sentir obligé d'agir immédiatement, c'était non pas en vertu d'un devoir découlant d'un contrat de travail,

mais d'un devoir que lui dictait sa conscience professionnelle de médecin (déontologie). Le fait d'avoir fourni le matériel requis pour le travail n'est pas incompatible avec un mandat, ni le fait de devoir en référer au directeur d'E_____ SA. Il pouvait refuser d'effectuer des rapatriements – privilège d'un mandataire. Le fait d'avoir dû se présenter aux tiers en tant que médecin-conseil D_____ Assistance n'est pas incompatible non plus avec un mandat, ni encore l'obligation de ne pas travailler simultanément pour la concurrence. Enfin, la charte de qualité a été remise à l'appelant par le Dr. F_____ – non pas par M. G_____ – le Dr. F_____ d'D_____ Assistance à Paris ne pouvaient engager E_____ SA, société juridiquement indépendante (liasse III, p 4–9).

L'intimée n'a pas déposée de liste de témoins.

A l'audience de la Cour du 28 janvier 2010, les parties, rendues attentives à l'internationalité formelle du litige ont confirmé leur choix de voir trancher le litige en application du droit suisse (PV du 28.1.2010, p. 2). Elles ont persisté dans leurs conclusions respectives. Elles ont répondu aux questions de la Cour et ce faisant, confirmé les allégués de faits contenu dans leurs écritures (PV du 28.1.2010, passim).

A l'issue de ladite audience, la Cour a ordonné au greffe la convocation comme témoins de M. H_____, de Mme J_____, de Mme I_____ et de M. K_____ – témoins figurant sur la liste de l'appelant. Déférant à une requête de l'intimée, et vu l'article 29 LJP, la Cour a ordonné en outre, et d'office, la convocation comme témoin de M. F_____ – chargeant l'intimée de lui faire parvenir la convocation à domicile ou au lieu de travail (D_____ Assistance) à Paris (PV du 24.1.2010, p. 6).

A l'audience de la Cour du 11 mars 2010, seuls les témoins H_____, I_____ et K_____ se sont présentés. Le témoin J_____ a informé le greffe par courrier d'un empêchement. Le témoin F_____ ne s'est pas excusé.

Les déclarations des témoins entendus lors de cette audience ont été intégrées dans la partie "En fait" du présent arrêt.

A l'issue de l'audience, les parties ont renoncé à d'autres actes d'instruction. Sur ce, la cause a été gardée à juger (PV du 11.3.2010 p. 10).

DROIT

1. Questions préalables

1.1. L'appel ayant été interjeté selon la forme et le délai prescrits par la loi, il est recevable (art. 59 LJP).

1.2. 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).

1.3. 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).

1.3.1. 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.

1.3.2. 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).

1.3.3. 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".

1.3.4. 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).

1.3.5. 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).

1.4. 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.

1.4.1. 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. .

1.4.2. 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.

1.4.3. 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).

1.5. 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).

1.5.1. 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).

1.5.2. 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.

1.6. 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).

1.6.1. 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).

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*).

2.1.1. 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.

2.2. Par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixe d'après le temps ou le travail fourni (art. 319 al. 1^{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-Kouraiichi, Les critères juridiques du contrat de travail, Thèse, Genève, 1968, p. 91 ss).

2.3. 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*).

2.4. 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 Stahelin, 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).

2.5. 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.

2.5.1. Du point de vue *personnel* : le prestataire de service devait-il fournir le travail personnellement ou pouvait déléguer ses tâches à un tiers ?

2.5.1.1. 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).

2.5.2. 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 ?

2.5.2.1. 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).

2.5.2.2. 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 ne 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.

2.5.2.3. 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.

2.5.2.4. 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).

2.5.2.5. 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).

2.5.3. 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.

2.5.4. 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.

2.5.5. 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.

2.5.6. 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).

2.5.6.1. 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").

2.5.7. 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 de 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).

2.5.7.1. 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).

2.6. 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.

2.6.1. 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).

2.6.2. 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).

2.6.3. 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)).

2.7. 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 (télémédecine), 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*).

2.8. 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 ; Stahelin, Zürcher Kommentar, N. 7 *ad* art. 320 CO ; Gerber, *op. cit.* P. 215).

3. 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.

3.1.1. 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.

3.2. L'appelant se trouvait dans un rapport de subordination juridique: il rendait ses services dans un lien de dépendance personnel, organisationnel et temporel.

3.2.1. 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.

3.2.1.1. 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.

3.2.2. 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 émargeait 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.

3.3. 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.-.

3.4. 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.

3.4.1. 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).

3.4.2. 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.

3.5. 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.

3.5.1. 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.

3.5.2. 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.

3.5.3. 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).

3.5.3.1. 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.

3.6. 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.

3.6.1. 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.

3.7. 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).

4. 4.1. Vu ce qui précède, le jugement sera annulé et la cause renvoyée au Tribunal pour instruction au fond.

4.2. 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.

4.3. 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.

4.4. 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.

PAR CES MOTIFS

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

Préalablement :

1. Confirme l'apport de la procédure parallèle C/27398/2008-5 L_____ contre E_____ SA, Bruxelles, succursale de Genève.

A la forme :

2. Déclare recevable l'appel interjeté par T_____ contre le jugement TRPH/419/2009, rendu par le Tribunal des prud'hommes, groupe 5, en date du 28 mai 2009, dans la cause n° C/26991/2008-5.

Au fond :

3. Annule ce jugement.

Et statuant à nouveau :

4. Déclare la Juridiction des prud'hommes compétente *ratione materiae* pour connaître du présent litige, à l'exception du point n° 7 de la demande ;
5. Renvoie la cause au Tribunal des prud'hommes pour instruction au fond ;
6. Charge le greffe de corriger, sur les pages de garde des décisions, et dans les ordinateurs du Palais de Justice, la qualité de la partie défenderesse/intimée, comme suit :

E_____ SA
166, avenue Z_____
1050 – Bruxelles
Succursale de Genève ;

7. Condamne E_____ SA, Bruxelles, succursale de Genève à rembourser à T_____ l'émolument d'appel de fr. 2200.- ;
8. Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La Greffière de juridiction

Le Président