

AVIS DE DROIT

Statut des médecins au sein des institutions de soins
au regard du droit du travail et des assurances sociales

Anne Meier, avocate, docteur en droit - Genève

Avis établi sur mandat du Service vaudois de la santé publique

Genève, le 14 février 2017

Table des matières

I. Mandat et questions posées.....	3
II. Cadre légal	4
1. Définitions	4
2. Droit applicable.....	4
3. Les critères du contrat de travail au sens de l’art. 319 CO	5
a. Quatre critères	5
b. Lien de subordination	5
c. Autres indices	6
d. Jurisprudence	6
e. Conséquences de la qualification.....	7
4. L’activité dépendante au sens des assurances sociales	8
a. Un ensemble de critères	8
b. L’activité des médecins selon les directives de l’OFAS.....	9
c. La jurisprudence spécifique relative aux médecins et aux professions médicales	11
d. Conséquences de la qualification	13
5. Rapports entre la qualification de l’activité en droit privé et en droit des assurances sociales	13
III. Réponses aux questions	14
IV. Appréciation des cinq cas de figure concrets.....	16

I. Mandat et questions posées

Par mandat du 15 janvier 2017, le Service de la santé publique du Canton de Vaud a demandé à la soussignée de rendre un avis de droit concernant la qualification juridique des activités des médecins au sein des institutions de soins (hôpitaux et cliniques), sous les angles du droit du travail et des assurances sociales.

L'analyse ne porte que sur les activités des médecins cadres. Les médecins chefs de clinique et les médecins assistants exercent en effet exclusivement une activité salariée auprès des institutions de soins et leur situation ne nécessite pas d'examen juridique approfondi sur ce point.

Les questions posées dans le cadre du mandat sont les suivantes :

1. Le statut du médecin cadre a-t-il un impact sur la qualification juridique de ses activités (activité dépendante ou indépendante), selon qu'il exerce une activité de gestion et/ou d'encadrement à l'hôpital, ou qu'il est un médecin externe qui utilise la structure de l'hôpital et son personnel ?
2. A quelles conditions un médecin peut-il traiter « son » patient à l'hôpital ?
3. La répartition de l'activité du médecin entre sa consultation privée à l'extérieur de l'hôpital et son activité à l'hôpital a-t-elle un impact sur la qualification de ses activités à l'hôpital ?
4. Dans quelle mesure le fait que le médecin exerce ses activités dans plusieurs hôpitaux a-t-il une influence sur la qualification de celles-ci ? L'existence en sus d'une activité en cabinet peut-elle modifier cette appréciation ?
5. Est-ce que le fait que le personnel (secrétaire, assistance médicale) du cabinet privé du médecin dans l'hôpital soit engagé par l'hôpital plutôt que par le médecin a un impact sur le statut des activités de cabinet du médecin ?
6. Le fait que la facturation des activités du médecin à l'hôpital soit effectuée par l'hôpital ou par le médecin lui-même a-t-il un impact sur la qualification des activités du médecin ?

Le mandant demande également un avis sur cinq cas de figure concrets qui sont fréquemment rencontrés en pratique ; ces cas sont exposés dans la deuxième partie de la lettre du 15 janvier 2017.

La première partie de l'avis expose le cadre légal et jurisprudentiel actuel concernant la notion de travailleur au sens du droit privé du travail et la notion d'activité dépendante ou indépendante au sens des assurances sociales. La deuxième partie permettra de répondre aux questions posées en appréciant le poids de chaque critère sur la qualification juridique du statut du médecin. Dans une troisième partie, l'avis prendra position sur les « cas de figure » concrets exposés dans la deuxième partie du courrier du 15 janvier 2017.

II. Cadre légal

1. **Définitions**

Les médecins cadre sont ceux qui pratiquent sous leur propre responsabilité médicale et, à ce titre, décident de l'hospitalisation d'un patient ou en délèguent la décision, à savoir notamment les médecins chefs responsables de service, les médecins chef et les médecins adjoints ; les médecins agréés sont également considérés comme médecins cadres. En revanche, les médecins assistants, les médecins chefs de clinique et chefs de clinique adjoints, les médecins hospitaliers et les médecins stagiaires ne sont pas des médecins cadres¹.

2. **Droit applicable**

La loi vaudoise sur la planification et le financement des établissements sanitaires d'intérêt public (LPFES²) prévoit qu'en l'absence de conventions collectives de travail de force obligatoire, le Conseil d'Etat peut poser des exigences en matière de conditions d'engagement et de travail pour l'ensemble du personnel travaillant dans les établissements sanitaires d'intérêt public ; dans tous les cas, après consultation des associations faïtières, il fixe un barème de rémunération pour les fonctions directoriales et administratives de ces établissements, qui tient compte de leurs spécificités, en particulier de leur taille, de leurs missions et des responsabilités dévolues à ces fonctions (art. 4b al. 1 et 2 LPFES).

Le règlement sur l'organisation médicale des hôpitaux reconnus d'intérêt public et sur la rémunération de leurs médecins cadres, du 21 décembre 2016, entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2018 (cf. son art. 18). Le texte se base en particulier sur l'art. 4b LPFES et sur les art. 147 ss de la loi sur la santé publique³. Il a notamment pour objet de fixer des principes et un plafond de rémunération des médecins cadres des hôpitaux reconnus d'intérêt public ainsi que des modalités qui en découlent.

Le présent avis ne tient pas compte du règlement précité, à la demande du mandant. La qualification des activités des médecins cadres s'analysera ici exclusivement sous l'angle du droit fédéral pertinent, à savoir :

- La loi fédérale sur le travail (LTr⁴) ;
- Le Titre dixième du Code des obligations (art. 319 ss CO⁵) ;
- La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA⁶) et les autres lois pertinentes (en particulier la LAVS⁷ et son règlement⁸).

¹ Définition tirée de l'art. 3 du règlement sur l'organisation médicale des hôpitaux reconnus d'intérêt public et sur la rémunération de leurs médecins cadres, du 21 décembre 2016, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2018.

² RS-VD 801.01, loi du 5 décembre 1978.

³ LSP (RS-VD 800.01). Ces dispositions concernent les établissements sanitaires de droit privé.

⁴ RS 822.11.

⁵ RS 220.

⁶ RS 830.1.

⁷ RS 831.10.

⁸ RAVS, RS 831.101.

3. Les critères du contrat de travail au sens de l'art. 319 CO

a. Quatre critères

Selon l'**art. 319 al. 1 CO**, le contrat individuel de travail est celui par lequel le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche).

Malgré quelques variations terminologiques, jurisprudence et doctrine s'accordent sur la nature des quatre caractéristiques essentielles du contrat de travail, à savoir : l'**activité** du travailleur ; la **durée** (travail effectué dans la durée ; mise à disposition de son temps par le travailleur) ; le **salaire** ; le **rapport de subordination ou de dépendance**.

Le critère temporel du contrat de travail signifie que le travailleur met son temps à disposition de l'employeur, temps pendant lequel il exercera son activité. Le contrat de travail ne s'éteint pas par l'accomplissement de l'obligation, mais par l'écoulement du temps (contrat de durée déterminée) ou par la résiliation (contrat de durée indéterminée). Le mandataire est libre d'organiser son temps comme il l'entend pour exécuter son mandat, alors que le travailleur reçoit des directives relatives à l'utilisation de son temps au service de l'employeur. Il n'existe pas de durée minimale pour un contrat de travail, qui peut donc être conclu pour une durée très courte (même quelques heures).

b. Lien de subordination

Par essence, le lien de subordination caractérise la relation entre travailleur et employeur : l'activité du travailleur s'exerce au service et dans l'intérêt de l'employeur. Le travailleur doit fournir sa prestation de la manière et selon l'organisation déterminée par l'employeur ; le travailleur est intégré dans l'entreprise de son employeur (rôle, place dans la hiérarchie, horaires de travail, collaboration avec des collègues, utilisation des outils mis à sa disposition, etc.).

Afin de concrétiser ce lien de subordination, l'employeur dispose du droit d'établir des directives générales sur l'exécution du travail et la conduite des travailleurs dans son exploitation ; il peut donner également des instructions particulières (art. 321d al. 1 CO). Les instructions peuvent notamment porter sur l'horaire de travail, le lieu d'exercice du travail et l'utilisation de son temps par le travailleur.

En pratique, ces éléments du lien de subordination se déclinent à divers degrés, selon l'activité exercée par le travailleur, sa formation et sa position hiérarchique dans l'entreprise. Dans les cas où le travailleur exerce une activité hautement qualifiée, l'employeur ne pourra donner que des indications générales sur l'organisation du travail. Dans ces cas, le critère de la subordination se fondera alors plutôt sur l'intégration du travailleur dans l'organisation de l'entreprise que sur le pouvoir de l'employeur de donner des directives.

Le critère de subordination est essentiel et souvent décisif pour distinguer le contrat de travail des contrats de mandat (art. 394 ss CO) et d'entreprise (art. 363 CO). En effet, ces trois contrats peuvent être difficiles à distinguer en pratique car ils portent sur une « prestation de faire » et l'activité exercée peut être la même. Or, seule l'activité dans le cadre du contrat de travail suit les directives de l'employeur. Cet élément est étranger au contrat d'entreprise. Quant au mandataire, il exerce son activité dans l'intérêt du mandant, mais pas à son service ; ce dernier ne peut d'ailleurs donner d'instructions que dans la mesure où elles concernent le « quoi » et non le « comment ». Le mandataire, contrairement à l'employeur, ne dispose pas d'un droit de contrôle sur l'organisation du

travail. Ainsi le travailleur se trouve-t-il bien « au service » de l'employeur (art. 319 CO) alors que le mandataire « rend des services » au mandant (art. 394 al. 1 CO).

c. Autres indices

Un seul critère ne suffit pas pour effectuer valablement la distinction entre le contrat de travail, d'une part, et les contrats d'entreprise et de mandat, d'autre part, en particulier lorsqu'on se trouve en présence de groupes de professions hautement qualifiées comme les médecins, architectes ou avocats, ou de positions spécifiques dans l'entreprise, comme les personnes chargées de tâches de confiance ou de fonctions dirigeantes : dans ce cas, l'employeur utilisera sa faculté de donner des instructions avec retenue, de même que son pouvoir de contrôler le travail de ses employés.

On prendra donc également en considération les critères suivants :

- Le mode de rémunération⁹ : si la rémunération est mesurée en temps (semaines, mois), il s'agira d'un indice en faveur d'un contrat de travail.
- L'utilisation, par la personne qui fournit le travail, de ses propres outils et de son matériel, ainsi que le fait de contracter une assurance pour les risques.
- La présence de clause « typiques » d'un contrat de travail, comme des vacances, une clause de prohibition de concurrence, la stipulation d'un délai de congé ou l'existence d'un temps d'essai.

En revanche, la désignation du contrat par les parties, ainsi que sa qualification en droit des assurances sociales ou en droit fiscal, doivent être traitées comme de simples indices d'importance secondaire¹⁰.

d. Jurisprudence

La jurisprudence en droit privé concernant spécifiquement les médecins est relativement rare. Dans son arrêt 4C.64/2006 du 28 juin 2006¹¹, le Tribunal fédéral a confirmé que Y., médecin spécialiste en médecine générale, était bien l'employé de l'entreprise X. SA, au sens des art. 319 ss CO, pour laquelle il servait de lien entre la société et les différents médecins de garde déployant une activité pour le compte de celle-ci, sur le plan organisationnel, afin d'assurer le bon fonctionnement du service d'urgence ; il avait le titre de directeur médical adjoint. Cette fonction impliquait la préparation de colloques internes et de cours pour les ambulanciers et les médecins.

Dans l'arrêt 4A_194/2011 du 5 juillet 2011, le Tribunal fédéral a qualifié de contrats de travail les contrats liant deux médecins-vétérinaires au cabinet dans lequel ces derniers exerçaient leur activité. Le propriétaire du cabinet prétendait se trouver dans un rapport de société simple avec les vétérinaires ; or, la procédure a permis de retenir l'existence d'un contrat de travail en raison notamment des éléments suivants : rémunération fixe qui ne dépendait pas de l'activité effective ni des résultats personnels des vétérinaires ou du cabinet ; l'existence d'une liberté dans l'organisation des tâches et l'absence de rapport hiérarchique n'empêchait pas cette qualification, car cette liberté est inhérente à la profession de vétérinaire ; le propriétaire du cabinet fournissait les locaux et le

⁹ TF, arrêt 4A_194/2011 du 5 juillet 2011, c. 5.6.1.

¹⁰ Idem.

¹¹ Cf. également, pour les mêmes faits mais concernant un autre médecin, l'arrêt 4C.66/2006 du même jour.

matériel et facturait à son nom les prestations des vétérinaires. Ces derniers n'ont pas participé à l'engagement d'une assistante vétérinaire, salariée du propriétaire du cabinet. Ce dernier avait effectué seul les investissements, y compris un véhicule permettant le traitement en ambulatoire ; il était rémunéré en fonction du solde du compte de pertes et profits du cabinet.

Citons enfin l'arrêt de la Cour de justice de Genève du 9 avril 2010¹², qui concernait un « médecin régulateur », spécialiste FMH en rhumatologie, au service d'une plate-forme de prise en charge de chargés d'assistance. La Cour a retenu (à notre avis à juste titre) que le médecin était un employé, en raison du fait qu'il se trouvait dans un rapport de subordination juridique : il devait exécuter son travail personnellement, sans pouvoir le déléguer ; il exécutait son travail selon son cahier des charges, sous les directives de l'employeur, dénotant son intégration claire dans la structure mise en place par l'employeur ; il n'avait pas le droit de choisir ni de refuser des dossiers ; il devait rendre ses avis dans un délai de 2 heures dès leur communication ; il devait se tenir à disposition lorsqu'il était de permanence ; il travaillait sur les outils mis à disposition par l'employeur (dont les outils informatiques) ; il devait régulièrement rendre compte de son activité ; il se présentait aux tiers comme médecin de l'employeur (cartes de visite, logos, etc.) ; il faisait partie de l'organigramme et était hiérarchiquement subordonné à son directeur et/ou à la cheffe de la plate-forme ; il n'émettait pas de facture ; il n'assumait aucun risque de l'entreprise, etc.

e. Conséquences de la qualification

Les articles 361 et 362 CO prescrivent le caractère impératif ou semi-impératif de nombreuses règles du Titre dixième du CO. Ne pouvant déroger à ces règles, les parties au contrat de travail ne sauraient, *a fortiori*, décider de soustraire leur relation au droit du travail lorsque le contrat qu'elles ont conclu répond aux critères objectifs de l'article 319 CO : dès lors, la qualification même de contrat de travail revêt un caractère impératif¹³.

Concrètement, lorsqu'une personne est considérée comme un travailleur, elle entre dans le champ d'application du Titre dixième du CO et dans le champ d'application de la LTr (sauf exceptions prévues par cette loi, non pertinentes ici).

La relation de travail fait naître des droits et obligations respectifs entre les parties au contrat de travail. Parmi les droits les plus importants du travailleur, on peut citer les suivants :

- L'obligation de l'employeur de veiller à la santé et à la sécurité du travailleur ;
- Son obligation de protéger la personnalité du travailleur ;
- Le droit au salaire en cas d'incapacité de travail ;
- Le droit aux vacances ;
- La protection contre les congés abusifs et/ou injustifiés ;
- Le droit de se syndiquer et de négocier collectivement ;
- Le droit au respect du temps maximum de travail selon la LTr et le contrôle des horaires de travail ;
- La rémunération du travail supplémentaire et des heures supplémentaires ;
- Etc.

¹² Publié in JAR 2011 p. 459.

¹³ Cf. notamment TF, arrêt 4C.276/2006 du 25 janvier 2007, c. 3.

La principale obligation du travailleur consiste en le respect de son devoir de loyauté et de fidélité envers l'employeur (notamment l'obligation d'obéir aux instructions).

4. L'activité dépendante au sens des assurances sociales

a. Un ensemble de critères

Au sens des assurances sociales, est réputé salarié celui qui fournit un travail dépendant et qui reçoit pour ce travail un salaire déterminant au sens des lois spéciales (art. 10 LPGA). Est réputé employeur celui qui emploie des salariés (art. 11 LPGA). Est considéré comme exerçant une activité lucrative indépendante celui dont le revenu ne provient pas de l'exercice d'une activité en tant que salarié ; une personne exerçant une activité lucrative indépendante peut simultanément avoir la qualité de salarié si elle reçoit un salaire correspondant (art. 12 LPGA).

Au sens de l'AVS, doit en principe être considérée comme exerçant une activité dépendante, celui qui ne supporte **pas de risque économique** analogue à celui qui est encouru par l'entrepreneur et **dépend de son employeur du point de vue économique ou dans l'organisation du son travail** (cf. art. 5 al. 2 LAVS)¹⁴.

Le *rapport social de dépendance économique ou organisationnelle* du salarié se manifeste notamment par l'existence d'un droit de l'employeur de donner des instructions au salarié, d'un rapport de subordination, de l'obligation de remplir la tâche personnellement, d'une prohibition de faire concurrence, d'un devoir de présence¹⁵. Est réputé salarié, d'une manière générale, celui qui dépend d'un employeur quant à l'organisation du travail et du point de vue de l'économie de l'entreprise, et ne supporte pas le risque économique encouru par l'entrepreneur¹⁶.

Est réputé revenu provenant d'une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 9 al. 1 LAVS tout revenu acquis dans une situation indépendante provenant de l'exploitation d'une entreprise commerciale, [...] de l'exercice d'une profession libérale ou de toute autre activité [...] (art. 17 RAVS).

Le *risque économique* encouru par l'entrepreneur peut être défini comme étant celui que court la personne qui doit compter, en raison d'évaluations ou de comportements professionnels inadéquats, avec des pertes de la substance économique de l'entreprise. Constituent notamment des indices révélant l'existence d'un risque économique d'entrepreneur le fait que l'assuré opère des investissements importants, subit les pertes, supporte le risque d'encaissement, supporte les frais généraux, agit en son propre nom et pour son propre compte, se procure lui-même les mandats, occupe du personnel, utilise ses propres locaux commerciaux¹⁷.

Seul un examen détaillé de l'**ensemble des circonstances** du cas concret permet de déterminer si on est en présence d'une activité dépendante ou indépendante, en particulier la nature et l'étendue de la dépendance économique et organisationnelle à l'égard du mandant ou de l'employeur¹⁸.

¹⁴ Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG (ci-après : DSD-OFAS), état au 1^{er} janvier 2016, n. 1013.

¹⁵ DSD-OFAS n° 1015.

¹⁶ ATF H 19/06 du 14.02.2007, consid. 3.1 ; ATAS/335/2013 rendu le 09.04.2013 dans la cause A/2392/2012, confirmé par l'ATF 9C_364/2013 du 23.09.2013, consid. 2.2.

¹⁷ DSD-OFAS n° 1014.

¹⁸ ATAS/335/2013 rendu le 09.04.2013 dans la cause A/2392/2012, consid. 6, confirmé par l'ATF 9C_364/2013 du 23.09.2013, consid. 2.2 ; ATF 9C_930/2012 du 06.06.2012, consid. 6.2 ; ATF H 19/06 du 14.02.2007, consid. 5.1.

Chaque cas particulier doit faire l'objet d'une appréciation prenant en compte l'ensemble des circonstances¹⁹. Souvent, on trouvera des caractéristiques appartenant à ces deux genres d'activité ; pour trancher la question, on se demandera quels éléments sont prédominants dans le cas considéré.

b. L'activité des médecins selon les directives de l'OFAS

L'OFAS établit des directives sur le salaire au sens de l'AVS, lesquelles recensent et systématisent la jurisprudence pertinente. D'après ces directives, la situation dans laquelle le médecin obtient cette rétribution constitue l'élément décisif pour qualifier la rétribution. On statuera sur ce point en se fondant sur les règles générales relatives à la délimitation entre le revenu de l'activité. Le contrat peut fournir des indications utiles à cet égard²⁰.

On peut retenir d'emblée que le revenu que le médecin obtient de la **gestion de son propre cabinet** médical constitue un revenu issu d'une **activité lucrative indépendante**²¹.

En revanche, les rétributions qu'un médecin touche comme **médecin d'hôpital** font en général partie du salaire déterminant²² et l'activité est donc une **activité lucrative salariée**. Sont considérés comme médecins d'hôpitaux ceux qui sont tenus, par un contrat de droit privé ou de droit public, d'exercer leur activité dans un hôpital (clinique, sanatorium, autre établissement de soins) à titre de profession principale ou accessoire²³. Ne font pas partie de ce groupe les médecins qui sont ne consultés que de cas en cas²⁴.

Les revenus qu'un médecin perçoit dans une situation dépendante font partie du salaire déterminant. Il importe peu que le médecin obtienne ces gains à titre de profession principale ou accessoire (en sus de la gestion d'un cabinet privé). De même, peu importe le mode de rétribution (indemnité fixe ou calculée selon un tarif)²⁵. Font notamment partie du salaire déterminant²⁶ :

- le traitement de base ;
- les indemnités fixes et variables allouées pour le traitement des patients hospitalisés en **division commune** ;
- les indemnités fixes et variables pour le traitement des patients hospitalisés en **division privée et semi-privée**, lorsque ces indemnités sont acquises dans des conditions identiques ou semblables à celles qui valent pour la division commune ;
- les indemnités fixes ou variables pour la conduite d'une division ;
- les suppléments dus par certaines catégories de patients ;
- les parts de taxes dues pour des radiographies, des opérations et des travaux de laboratoire ainsi que les parts de rémunération dues pour d'autres prestations hospitalières ;
- les indemnités fixes ou allouées de cas en cas par l'hôpital à des médecins spécialistes qui se sont engagés par contrat de droit public ou privé envers lui à exercer une activité régulière

¹⁹ DSD-OFAS n° 1016.

²⁰ DSD-OFAS, n° 4080.

²¹ Ibid., n° 4087.

²² Ibid., n° 4093.

²³ ATF 101 V 252.

²⁴ Ibid., n° 4092.

²⁵ Ibid., n° 4081.

²⁶ Ibid., n° 4094.

ou selon les besoins.

Dans l'examen des cas particuliers, les **indices** suivants parlent en faveur de l'existence d'un salaire déterminant²⁷ et donc d'une activité lucrative salariée :

- l'obligation pour le médecin de traiter les patients admis dans l'établissement ;
- l'existence d'un rapport de droit entre l'hôpital et le patient, sans qu'un tel rapport existe entre le patient et le médecin ;
- le médecin est, pour son activité en division privée ou semi-privée, placé sous la même surveillance et peut recevoir les mêmes instructions que pour son activité en division commune;
- le devoir d'utiliser les installations de l'hôpital et de faire appel au personnel de celui-ci ;
- l'absence totale ou partielle d'un pouvoir de décision sur les investissements ou sur l'engagement du personnel ;
- les notes d'honoraires sont établies par l'hôpital et au nom de ce dernier ;
- l'assurance-responsabilité de l'hôpital couvre les risques liés à l'activité du médecin.

Chaque indice doit être examiné en tenant compte de l'ensemble des circonstances.

En revanche, les honoraires que le médecin d'hôpital peut **directement réclamer au patient** et pour lesquels il supporte le risque économique constituent un revenu provenant d'une l'activité lucrative indépendante. Le seul fait que le médecin soit rémunéré à l'acte ne permet pas de dire que l'activité est exercée de manière indépendante²⁸. Font notamment partie de ce revenu d'indépendant²⁹ :

- les honoraires versés pour les **consultations privées** ;
- les honoraires dus pour le **traitement ambulatoire des patients privés** lorsque le médecin d'hôpital notifie la facture directement à ses patients et le fait en son propre nom; peu importe que l'hôpital veille à l'encaissement de ces honoraires;
- les honoraires d'**expertise** revenant personnellement aux médecins fonctionnant comme experts.

L'honoraire global accordé pour une activité médicale formant un tout ne peut pas être dissocié en deux parts, provenant l'une d'une activité indépendante et l'autre d'une activité salariée³⁰.

Enfin, signalons que les honoraires versés aux experts :

- font partie du salaire déterminant (activité dépendante) si l'expert est tenu d'effectuer l'expertise dans le cadre de ses rapports de service;
- sont un revenu d'une activité indépendante si l'expert exerce son activité en dehors de tout rapport de services³¹.

²⁷ Ibid., n° 4095.

²⁸ Ibid., n°4097.

²⁹ Ibid., n°4098.

³⁰ Ibid., n° 4099.

³¹ Ibid., n°4106.

c. **La jurisprudence spécifique relative aux médecins et aux professions médicales**

Dans son **ATF 124 V 97**, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur le caractère dépendant ou indépendant du revenu perçu par le médecin hospitalier pour le traitement de la clientèle privée stationnaire et ambulatoire aux Hôpitaux universitaires de Genève. Constatant que le médecin dispose, dans ces deux activités, d'une grande liberté dans l'organisation de son travail, le TF a néanmoins traité séparément l'activité du médecin suivant qu'il traite des patients stationnaires ou reçoit une clientèle privée ambulatoire.

- **Patients privés hospitalisés en chambres privées (activité purement hospitalière)** : le médecin est soumis à la commission administrative et à une direction médicale : il n'est pas libre d'admettre ou de refuser, selon son choix, les patients privés hospitalisés, ni de leur consacrer un temps excessif. Il ne peut pas choisir son personnel, de l'engager ou de le licencier. Il ne dispose pas de compétences pour décider d'investissements. Ces éléments plaident en faveur d'une activité lucrative dépendante.

Le TF a relevé également l'absence de personnel propre et de frais à charge du médecin, dès l'instant où toute l'infrastructure et le personnel de l'hôpital sont mis à sa disposition. Par ailleurs, le médecin ne doit consentir aucun investissement et ne supporte, à part l'éventualité peu probable d'une perte liée à l'encaissement de ses honoraires, aucun risque économique. Les factures sont établies à l'en-tête de l'hôpital, lequel n'agit pas comme simple intermédiaire chargé de l'encaissement, mais fait au contraire valoir des prétentions propres ; dans ces conditions, le risque économique du médecin apparaît tout à fait secondaire. De plus, en l'espèce, même les patients privés étaient liés à l'hôpital par un contrat de droit public et le contrat d'assurance responsabilité civile conclu par l'hôpital couvre les médecins pour les conséquences dommageables de leurs actes, également à l'égard de leurs patients privés. Ces éléments constituent également des indices en faveur d'une activité dépendante.

En conclusion, les honoraires perçus par le médecin en sa qualité de médecin-chef de clinique³² à l'Hôpital cantonal de Genève, pour les **traitements prodigués à la clientèle privée stationnaire**, constituent la rémunération d'une **activité dépendante**.

- **Traitement de la clientèle ambulatoire** : les caractéristiques de cette activité sont si différentes de celle visant le traitement des patients hospitalisés qu'il existe, en définitive, une grande similitude avec le statut d'un médecin ayant son cabinet en dehors de l'hôpital. Le risque économique est assumé par le médecin, qui établit des notes d'honoraires à titre personnel. Le médecin verse à l'hôpital un montant forfaitaire pour chaque consultation : il encourt donc les frais de son activité et le risque y afférent. Le paiement de ce montant forfaitaire par consultation correspond à la contre-prestation liée à l'usage d'un cabinet de consultation avec son équipement et à l'utilisation du personnel auxiliaire. Cette situation est très différente du cas des patients hospitalisés, où l'hôpital agit dans son propre intérêt lorsqu'il dresse et encaisse les factures, car il est créancier des prestations fournies et verse ensuite une participation au médecin.

³²

Ce terme est conforme à la nomenclature utilisée par le Tribunal fédéral dans son arrêt ; d'après les indications figurant dans l'arrêt, il apparaît que la fonction examinée était en tous points identique à celle qui est actuellement désignée, dans le canton de Vaud, par le terme « médecin cadre ».

Enfin, le médecin exerce ici à titre individuel et personnel, ce qui souligne spécialement, aux yeux du TF, le caractère indépendant de l'activité, alors que, dans les cas d'hospitalisation en chambres privées, l'équipe médicale reste à disposition pour pallier toute absence ou faire face aux nécessités.

En conclusion, les honoraires perçus par le médecin pour ses **consultations ambulatoires** à l'Hôpital cantonal de Genève constituent la rémunération d'une **activité indépendante**.

Le Tribunal fédéral avait déjà jugé de la même manière un cas similaire en 1975 dans son **ATF 101 V 252** : sont des revenus de l'activité dépendante ceux que le médecin perçoit en raison de sa position de médecin-chef à l'hôpital, y compris lorsqu'il s'agit de participation aux taxes d'opération ou de radiologie ou de suppléments pour patients privés (il existait en l'espèce un plafond de revenus imposé pour cette activité). Sont des revenus de l'activité indépendante les honoraires que le médecin-chef perçoit en vertu de sa pratique privée à l'hôpital, qui lui sont dus directement par les patients et pour lesquels il supporte le risque économique ; la facturation était en l'espèce assurée par l'hôpital, qui retenait 10% sur chaque facture payée et reversait le solde au médecin.

Dans son **ATF 122 V 281**, rendu en 1996, le Tribunal fédéral a confirmé à nouveau que les honoraires perçus par les médecins-chefs de service, les médecins-chefs de service adjoints et les médecins-chefs pour les traitements stationnaires prodigués à des patients de la division privée des établissements hospitaliers du canton de Lucerne constituent des revenus d'une activité lucrative dépendante.

Enfin, parmi les arrêts rendus récemment par la Cour vaudoise des assurances sociales, on s'arrêtera sur un arrêt du 26 octobre 2015, qui concernait un médecin exerçant son activité dans un centre médico-chirurgical (non assimilable à un hôpital), où n'étaient dispensés que des soins ambulatoires³³.

La Cour a retenu que l'activité du médecin présentait des caractéristiques à la fois d'une activité dépendante et d'une activité indépendante ; toutefois, les aspects caractéristiques d'une activité dépendante dominaient : « *En effet, [... le médecin] n'a engagé aucun investissement et, selon sa propre appréciation, n'encourait pas de risque économique. En cas de non-paiement par un client, il ne supportait pas la perte. Il ne se préoccupait pas de se faire connaître auprès de clients potentiels, car [le centre] s'en chargeait. [...] En réalité, le seul risque économique du recourant était celui de payer des primes d'assurance responsabilité civile et de n'avoir pas de revenu s'il n'avait pas de clientèle, dès lors que son contrat avec [le centre] ne prévoyait aucun revenu fixe en sa faveur, mais un pourcentage de son chiffre d'affaire. Il s'agit d'un risque tout de même limité si on le compare à celui qu'encourt un médecin indépendant dans un cabinet privé, qui s'engage à payer une location fixe pour les locaux ou qui a procédé à un investissement pour leur acquisition, qui est lié à des employés par contrats de travail et qui a investi dans l'achat de matériel médical.* »³⁴. A cela s'ajoutait le fait que le médecin en question n'était pas libre d'organiser son travail comme il l'entendait : il devait travailler sous les directives du médecin-répondant et de la direction du centre (directives médicales et administratives). L'activité du médecin devait dès lors être considérée comme

³³ Arrêt ZC10.020553.

³⁴ Arrêt ZC10.020553, c. 4.

dépendante au sens de la LAVS.

Les conclusions de l'ATF 124 V 97 (rendu en 1998) n'ont pas été modifiées, à notre connaissance, par une jurisprudence ultérieure. L'AVS étant une assurance fédérale qui doit être appliquée de manière uniforme par les cantons, elle est également applicable dans le canton de Vaud et il convient donc d'en retenir les principes tels qu'exposés ci-dessus.

Vu ce qui précède, il ressort de la jurisprudence constante trois principes importants pour la qualification de l'activité du médecin :

- La rétribution pour l'activité de **médecin cadre proprement dite** (notamment : organisation du service, encadrement des assistants, formation continue, etc., selon cahier des charges) est du salaire déterminant tiré d'une **activité dépendante** au sens de l'AVS.
- La rétribution pour les **patients hospitalisés (traitements en stationnaire)** est du salaire déterminant tiré d'une **activité dépendante** au sens de l'AVS, **y compris le traitement des patients en division privée.**
- La rétribution pour les **soins prodigués en ambulatoire à des clients privés (cabinet privé dans l'hôpital)** sera traitée comme un **revenu de l'activité salariée ou indépendante** du médecin au sens de l'AVS en fonction des circonstances précises du cas d'espèce, à savoir en particulier : liberté du médecin de décider de traiter des patients à titre privé ; utilisation du matériel et des locaux de l'hôpital ; utilisation du propre personnel infirmier et administratif ; teneur du contrat d'assurance responsabilité civile de l'hôpital ; système de facturation adopté ; risque d'encaissement supporté par le médecin ou par l'hôpital ; contrepartie payée par le médecin à l'hôpital pour l'utilisation des infrastructures, etc.

d. Conséquences de la qualification

Les conséquences de la qualification en droit des assurances sociales sont importantes au niveau financier. En effet, les cotisations pour une activité lucrative indépendante sont versées exclusivement par la personne qui fournit l'activité et non par le destinataire de la prestation. Les cotisations s'élèvent à environ 10% du revenu effectif (net) réalisé lorsqu'il est supérieur à CHF 56'400.- par an.

Lorsqu'on est en présence d'une activité lucrative dépendante, les cotisations sont acquittées paritairement par l'employeur et le salarié, au taux de 5,125% chacun (AVS/AI/APG), à quoi il faut ajouter les cotisations pour l'assurance-chômage et l'assurance accidents. L'employeur est responsable du paiement de la totalité des cotisations à la caisse de compensation, qui peut donc venir lui en réclamer le versement. Les caisses de compensation ont le droit de réclamer les arriérés de cotisations impayées jusqu'à cinq ans après la fin de l'année civile pour laquelle la cotisation devait être payée.

5. Rapports entre la qualification de l'activité en droit privé et en droit des assurances sociales

Le caractère salarié ou indépendant de l'activité lucrative au sens des assurances sociales ne doit pas être tranché d'après la nature juridique du rapport contractuel privé entre les parties concernées. Ce qui est déterminant, bien plutôt, ce sont les circonstances économiques. Les rapports de droit civil peuvent certes fournir éventuellement quelques indices pour la qualification en matière d'AVS, mais ne sont pas déterminants.

III. Réponses aux questions

- *Le statut du médecin cadre a-t-il un impact sur la qualification juridique de ses activités (activité dépendante ou indépendante), selon qu'il exerce une activité de gestion et/ou d'encadrement à l'hôpital, ou qu'il est un médecin externe qui utilise la structure de l'hôpital et son personnel ?*

Tant le juge civil que le juge des assurances sociales prennent en compte l'ensemble des circonstances d'un cas concret pour déterminer le statut du médecin. Il conviendra donc toujours d'évaluer la situation concrète de chaque médecin.

En droit du travail, le critère déterminant est celui de savoir si le médecin dispose de la liberté d'organiser son travail comme il l'entend ou si au contraire il doit obéir aux instructions de sa hiérarchie et/ou de l'administration concernant notamment les procédures internes, les horaires, etc.

En droit des assurances sociales, c'est le critère économique qui est prédominant : on s'attachera à déterminer si le médecin supporte effectivement les risques d'encaissement de ses honoraires, s'il utilise les infrastructures de l'hôpital, s'il doit s'acquitter à ce titre d'une participation aux frais, s'il facture en son propre nom, etc.

On notera qu'en pratique, le critère de l'assurance responsabilité civile n'apparaît pas toujours comme pertinent : en effet, selon nos informations, les établissements hospitaliers préfèrent assurer l'ensemble des actes médicaux pratiqués, sans exclure expressément les actes pratiqués à titre privé par certains médecins ; de leur côté, les médecins disposent souvent de leur propre assurance, surtout lorsque leur activité ne s'exerce pas exclusivement à l'hôpital.

- *A quelles conditions un médecin peut-il traiter « son » patient à l'hôpital ?*

Hormis les conditions relatives à l'exercice de leur profession (droit d'exercer et règles déontologiques), il n'existe pas de « conditions » en droit du travail ou en droit des assurances sociales permettant ou interdisant à un médecin d'exercer son activité privée à l'hôpital.

En particulier, il n'existe pas de plafond de revenu (hormis celui fixé éventuellement par le droit cantonal pour l'activité exercée en milieu hospitalier).

Les critères établis ci-dessus permettront de déterminer dans quels cas cette activité doit être qualifiée de salariée ou d'indépendante.

- *La répartition de l'activité du médecin entre sa consultation privée à l'extérieur de l'hôpital et son activité à l'hôpital a-t-elle un impact sur la qualification de ses activités à l'hôpital ?*

En tant que telle, la répartition entre les différentes activités du médecin n'a pas de portée directe sur la qualification juridique de son rapport avec l'hôpital. Elle peut toutefois avoir une influence indirecte, en ce sens que, si le médecin ne se rend à l'hôpital que de manière très ponctuelle, il remplira sans doute plus facilement les critères de l'activité indépendante.

- *Dans quelle mesure le fait que le médecin exerce ses activités dans plusieurs hôpitaux a-t-il une influence sur la qualification de celles-ci ? L'existence en sus d'une activité en cabinet peut-elle modifier cette appréciation ?*

Ici également, ce critère n'a pas d'influence en soi. L'activité du médecin doit faire l'objet d'une qualification au regard des circonstances concrètes de sa relation avec l'hôpital en question. Il est théoriquement possible qu'un médecin exerce une activité dépendante au sein d'un établissement, mais qu'il intervienne ponctuellement dans un autre, exerçant alors une activité indépendante.

- *Est-ce que le fait que le personnel (secrétaire, assistance médicale) du cabinet privé du médecin dans l'hôpital soit engagé par l'hôpital plutôt que par le médecin a un impact sur le statut des activités de cabinet du médecin ?*

Oui, le critère du personnel est important. Un médecin qui emploie son propre personnel assume personnellement les charges y relatives, ce qui constitue un indice fort de l'existence effective d'une activité indépendante.

En revanche, si le médecin s'appuie intégralement ou en grande partie sur l'infrastructure et le personnel de l'hôpital, cet indice pointera vers une activité dépendante.

Le même raisonnement s'applique à l'usage des locaux et du matériel : lorsque le médecin assume des charges fixes (loyer, locations de machines, etc.), cet élément indique qu'il supporte le risque économique de son activité, ce qui indique une activité indépendante.

- *Le fait que la facturation des activités du médecin à l'hôpital soit effectuée par l'hôpital ou par le médecin lui-même a-t-il un impact sur la qualification des activités du médecin ?*

Oui, cet élément est un indicateur important pour déterminer la nature de l'activité (dépendante ou indépendante). Il faut vérifier concrètement si, dans chaque cas, l'hôpital se contente d'agir comme intermédiaire entre le médecin et son patient (pratiquement comme un service d'encaissement) ou s'il facture les prestations en son nom avant de rétrocéder au médecin la part qui lui revient, après déduction éventuelle du forfait pour participation aux frais.

IV. Appréciation des cinq cas de figure concrets

Cas de figure N° 1

Médecin cadre engagé à 100 % selon CCT FHV ³⁵ dont consultation privée			
Activité/prestation	Rémunération	Statut actuel	Statut selon LAVS et jurisprudence
Organisation du service Encadrement assistants Formation continue Vacances, etc.. Présence à 80 % (engagement aux conditions prévues par la CCT FHV)	Salaire (mensuel)	Dépendant	Dépendant
Ambulatoire hospitalier Stationnaire LAMal	Activité à l'acte	Dépendant	Dépendant
Cabinet privé dans l'hôpital 1j/semaine (activité exercée en plus de l'activité de médecin cadre)	Facture au patient, envoyée par le médecin lui-même	Indépendant	Indépendant en principe , surtout s'il existe une contre-prestation du médecin pour l'utilisation de l'infrastructure hospitalière (par exemple, rétrocession d'un pourcentage des honoraires encaissés) et si le médecin met à contribution son propre personnel (assistant administratif, assistant médical, etc.). Il faut vérifier les circonstances particulières !
Stationnaire privé	Facture envoyée à la LCA, en principe par le médecin lui-même.	Indépendant	Dépendant , en application de la jurisprudence du Tribunal fédéral (pas de personnel propre, pas de risque d'encaissement, utilisation des infrastructures de l'hôpital, peu de liberté dans l'organisation du travail, etc.).
Expertises, autres activités	Facture au mandant	Indépendant	Indépendant , si le médecin effectue l'expertise en dehors de tout rapport avec l'hôpital. Dépendant si l'expertise a été confiée au médecin en raison de son titre et de son statut à l'hôpital ou si l'expertise a été confiée à l'hôpital (ou à un centre de compétences au sein de l'hôpital), lequel demande au médecin de s'en occuper, seul ou en collaboration avec des collègues (par exemple, expertise pluri-disciplinaire).

³⁵ Convention collective de travail des médecins chefs de la Fédération des hôpitaux vaudois dans sa version valable dès le 1^{er} janvier 2014.

Cas de figure N° 2

Médecin cadre gynécologue engagé à 50 % selon CCT FHV + consultations privées à l'hôpital			
Activité/prestation	Rémunération	Statut actuel	Statut selon la LAVS et la jurisprudence
Organisation du service Encadrement assistants Formation continue Vacances, etc. Présence à 40 %	Salaire (mensuel)	Dépendant	Dépendant
Ambulatoire hospitalier Stationnaire LAMal	Activité à l'acte	Dépendant	Dépendant
Cabinet privé dans l'hôpital 3j/semaine (activité exercée en plus de l'activité de médecin cadre)	Facture au patient, en principe envoyée directement par le médecin	Indépendant	Indépendant en principe , avec les mêmes commentaires et réserves que pour les cas n°1.
Stationnaire privé	Facture LCA	Indépendant	Dépendant , avec les mêmes commentaires que pour le cas n°1.
Expertises, autres activités	Facture au mandant	Indépendant	Indépendant/dépendant , avec les mêmes commentaires que pour le cas n°1.

Cas de figure N° 3

Médecin cadre ORL engagé à 40 % selon CCT FHV, 60 % cabinet privé hors de l'hôpital			
Activité/prestation	Rémunération	Statut actuel	Statut selon la LAVS et la jurisprudence
Organisation du service Encadrement assistants Formation continue Vacances, etc..	Salaire (mensuel)	Dépendant	Dépendant
Ambulatoire hospitalier Stationnaire LAMal	Facturé par le médecin à l'hôpital (à l'acte)	Indépendant	Dépendant , en application des critères dégagés par la jurisprudence (cf. ci-dessus).
Stationnaire privé	Facture à la LCA	Indépendant	Dépendant , cf. ci-dessus.
Expertises, autres activités	Facture au mandant	Indépendant	Indépendant/dépendant selon critères ci-dessus.
Activités dans son cabinet privé hors de l'hôpital	Facture au patient	--	Indépendant

Cas de figure N° 4

Médecin externe en gastroentérologie engagé à l'acte			
Activité/prestation	Rémunération	Statut actuel	Statut selon la LAVS et la jurisprudence
Ambulatoire hospitalier Stationnaire LAMal	Facturé à l'hôpital (à l'acte)	Indépendant	Indépendant pour l'ambulatoire. Critères à réexaminer pour le stationnaire , en fonction de ce qui a été exposé dans l'avis. Ici il est possible que le médecin soit effectivement indépendant, surtout s'il est appelé ponctuellement pour un examen ou un acte sur un patient qui n'est pas le sien, sans s'engager dans un traitement à long terme du patient.
Stationnaire privé	Facture LCA	Indépendant	Mêmes remarques que pour le stationnaire LAMal : à réexaminer en fonction des circonstances concrètes.

Cas de figure N° 5

Chirurgien opérant en clinique privée			
Activité/prestation	Rémunération	Statut actuel	Statut selon la LAVS et la jurisprudence
Stationnaire LAMal, y compris organisation du service	Facturé à la clinique (à l'acte)	Indépendant	Dépendant , vu les critères de la jurisprudence. Il n'apparaît pas qu'ici le médecin n'intervienne que ponctuellement à l'hôpital, comme il interviendrait pour sa clientèle privée. Dès lors, il utilise l'infrastructure de la clinique et il en dépend de manière organisationnelle. Il ne subit pas non plus le risque économique au vu du système de facturation.
Ambulatoire hospitalier	Facturé par le médecin au patient	Indépendant	Indépendant en principe , mais il faut prêter attention aux critères du cas d'espèce (personnel ? contre-prestation du médecin pour l'utilisation de l'infrastructure ?, etc).
Stationnaire privé	Facture LCA	Indépendant	Dépendant au regard de la jurisprudence et des circonstances (cf. ci-dessus pour le stationnaire LAMal, mêmes critères).

Genève, le 14 février 2017

Anne Meier