

# **GE\_GERICHTE C/11644/2016 vom 23. Januar 2019**

GE Cour de justice, 2019-01-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_C\\_11644\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_11644_2016)

FR: GE\_GERICHTE C/11644/2016 du 23 janvier 2019

IT: GE\_GERICHTE C/11644/2016 del 23 gennaio 2019

## **Regeste**

TÉMOIN ; JUSTE MOTIF ; TRAVAIL SUPPLÉMENTAIRE ; MODIFICATION DE LA DEMANDE ; APPRÉCIATION DES PREUVES ; RÉSILIATION IMMÉDIATE ; HEURES DE TRAVAIL SUPPLÉMENTAIRES ; VACANCES ; CERTIFICAT DE TRAVAIL | CO.330a.ch1; CO.330a.ch2; CPC.55; CPC.227.al1; CPC.171.al1; CPC.157; CO.334.al1; CO.321d; CO.337.al3; CO.329d; LTr.13; OLT 1.4.leta

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance, dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC). En se référant au dernier état des conclusions, l'art. 308 al. 2 CPC vise les conclusions litigieuses devant l'instance précédente, non l'enjeu de l'appel (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JdT 2010 III 126). La valeur litigieuse étant, en l'espèce, supérieure 10'000 fr. en première instance, la voie de l'appel est ainsi ouverte. Introduit auprès de l'autorité compétente (art. 124 let. a LOJ), dans le délai utile et selon la forme prescrite par la loi, l'appel est recevable (art. 130, 131 et 311 al. 1 CPC).

### **E. 1.2**

La Chambre de céans revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC). En particulier, elle contrôle librement l'appréciation des preuves effectuée par le juge de première instance et vérifie si celui-ci pouvait admettre les faits qu'il a retenus (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_153/2014 du 28 août 2014 consid. 2.2.3).

### **E. 1.3**

La valeur litigieuse étant supérieure à 30'000 fr., la présente procédure est soumise aux maximes des débats et de disposition (art. 55 CPC cum art. 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC et art. 58 CPC). La procédure ordinaire est applicable (art. 219 et 243 CPC).

### **E. 1.4**

En application du principe de la force de chose jugée partielle instituée par l'art. 315 al. 1 CPC, la Cour peut revoir uniquement les dispositions du jugement entrepris qui sont remises en cause en appel, à la seule exception du cas visé par l'art. 282 al. 2 CPC, non réalisé en l'espèce. Dès lors, les ch. 1 et 4 du dispositif du jugement querellé, non remis en cause par l'appelante, sont entrés en force de chose jugée.

### **E. 2**

L'intimé a produit à l'appui de sa duplique la directive sur la gestion des événements indésirables graves et des incidents adoptée par l'appelante le 1<sup>er</sup> mars 2011.

### **E. 2.1**

Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuves nouveaux ne sont pris en considération en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de diligence (let. b). Il appartient au plaideur qui entend se prévaloir en appel d'un fait ou d'un moyen de preuve qui existait déjà lors de la procédure de première instance de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise, ce qui implique notamment d'exposer précisément les raisons pour lesquelles le fait ou le moyen de preuve n'a pas pu être invoqué devant l'autorité précédente (arrêts du Tribunal fédéral 5A\_445/2014 du 28 août 2014 consid. 2.1; 5A\_739/2012 du 17 mai 2013 consid. 9.2.2 et 4A\_334/2012 du 16 octobre 2012 consid. 3.1).

### **E. 2.2**

En l'espèce, cette directive est irrecevable, car elle est antérieure à la date à laquelle le Tribunal a gardé la cause à juger, le 28 novembre 2018, et l'intimé n'explique pas les raisons pour lesquelles il aurait été dans l'impossibilité de la produire en première instance. En tous les cas, cette pièce n'est pas déterminante pour l'issue du litige.

### **E. 3**

L'appelante reproche au Tribunal d'avoir considéré que le licenciement de l'intimé avec effet immédiat était injustifié après avoir rejeté tous les témoignages de médecins au motif que ceux-ci étaient des collaborateurs de l'appelante, faisant preuve d'arbitraire dans l'établissement des faits et dans l'appréciation des preuves en violation de l'art. 9 Cst.

### **E. 3.1**

Selon l'art. 171 al. 1 1<sup>ère</sup> phr. CPC, le témoin est préalablement exhorté à répondre conformément à la vérité. Un témoin doit se soumettre aux questions du juge et de la partie adverse en vue de tester sa crédibilité, de délimiter la portée de ses affirmations et de déterminer s'il n'est pas en mesure d'apporter d'autres faits qui pourraient aller à l'encontre de la thèse soutenue par la partie qui le cite; le témoin qui comparait s'expose au risque d'une poursuite pénale pour faux témoignage (art. 307 CP; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_74/2009 du 28 avril 2009 consid. 2.3). Le fait qu'un témoin puisse paraître plus enclin à défendre les intérêts de l'une des parties n'implique pas nécessairement que son témoignage doive d'emblée être écarté (arrêt du Tribunal fédéral 5P.312/2005 du 14 décembre 2005 consid. 3.1.2). Le juge établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées (art. 157 CPC). La libre appréciation des preuves permet ainsi au juge de tenir compte non seulement des preuves matérielles proprement dites mais également de celles, plus subjectives ou psychologiques, telles que l'attitude des parties et des témoins, le degré de crédibilité de leurs déclarations, les difficultés rencontrées par les parties dans l'administration des preuves, etc. (SJ 1984, p. 29; CAPH/131/2018 du 20 septembre 2018 consid. 4.3.1). En matière d'appréciation des preuves, il y a arbitraire lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables (ATF 137 I 58 consid. 4.1.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_683/2010 du 22 novembre 2011 consid. 2.2).

### **E. 3.2**

En l'espèce, le Tribunal ne pouvait pas d'emblée écarter les témoignages des médecins parce qu'ils paraissaient à son sens plus enclins à défendre les intérêts de l'appelante. Au contraire, il devait apprécier leurs témoignages à la lumière de leur disposition personnelle, les ayant exhortés à dire la vérité et confrontés aux questions des parties, sous peine de sanctions pénales en cas de faux témoignage. De plus, eu égard à leur position hiérarchique élevée au sein de l'appelante et leurs connaissances professionnelles, ils disposaient d'une latitude certaine pour s'exprimer en connaissance de cause sur les aspects du litige, à tout le moins de manière nuancée, sans devoir craindre des représailles sur leur avenir professionnel de la part de l'appelante. Enfin, la crédibilité des témoins peut d'autant moins être mise en cause que l'intimé a explicitement admis dans ses écritures la teneur et la communication orale de consignes et directives qui lui ont été adressées. Il résulte de ce qui précède que le Tribunal a arbitrairement écarté les témoignages. Le grief de l'appelante est, dès lors, fondé.

### **E. 4**

L'appelante reproche en substance au Tribunal d'avoir considéré que le licenciement immédiat était injustifié. Elle soutient que la faute commise par l'intimé le 14 mars 2016 était particulièrement grave et justifiait son licenciement avec effet immédiat, parce qu'il a transgressé les consignes visant à protéger la vie des patients en dépit des instructions personnelles qui lui avaient été données, s'abstenant de se rendre immédiatement au chevet de l'enfant et d'informer le \_\_\_\_\_ [Fonction]. Subsidiairement, l'appelante soutient que l'entretien du 14 janvier 2016 valait avertissement et que, contrairement à l'opinion du Tribunal, l'intimé avait bénéficié d'un encadrement accru pour effectuer ses gardes de nuit. L'intimé conteste que l'entretien du 14 janvier 2016 puisse être considéré comme un avertissement préalable à un licenciement immédiat puisque D\_\_\_\_\_ avait accepté qu'il puisse continuer sa formation et valider son année. Il conteste en substance avoir commis une faute grave le 14 mars 2016, parce que le tém. L\_\_\_\_\_ a déclaré qu'il aurait uniquement " haussé le ton " s'il avait été son superviseur et que le tém. E\_\_\_\_\_, qui avait opéré l'enfant la veille, aurait nécessairement été informé du détail des erreurs reprochées à l'interne si tel avait été le cas. Enfin, il soutient que D\_\_\_\_\_ n'a pas fourni le rapport du bureau des \_\_\_\_\_ au sujet du comportement attendu de l'interne. Enfin, il rappelle que les directives étaient celles de D\_\_\_\_\_ et qu'il n'existait pas de directives écrites, ce que le tém. J\_\_\_\_\_ avait confirmé.

#### **E. 4.1**

Selon l'art. 334 al. 1 CO, le contrat de durée déterminée prend fin sans qu'il soit nécessaire de donner congé. Le contrat conclu pour une durée déterminée n'est pas susceptible d'une résiliation ordinaire avec observation d'un délai de congé, selon l'art. 335 al. 1 CO, mais d'une résiliation immédiate pour de justes motifs, selon l'art. 337 CO, afin d'entraîner son expiration avant la date convenue (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_84/2011 du 15 avril 2011 consid. 4 et 4A\_559/2008 du 12 mars 2009 consid. 4.1). L'employeur peut résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (art. 337 al. 1 CO). Sont notamment considérés comme de justes motifs, toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (art. 337 al. 2 CO et 92 al. 4 \_\_\_\_\_ [le Règlement]). Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 CO). Selon la jurisprudence, la résiliation immédiate pour " justes motifs " est une mesure exceptionnelle qui doit être admise de manière restrictive (ATF 137 III 303 consid. 2.1.1 p. 304). Seul un manquement

particulièrement grave de l'employé peut justifier une telle mesure (ATF 142 III 579 consid. 4.2). Par manquement, on entend généralement la violation d'une obligation découlant du contrat de travail, mais d'autres incidents peuvent aussi justifier une telle mesure (ATF 137 III 303 consid. 2.1.1; 130 III 28 consid. 4.1; 129 III 380 consid. 2.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_105/2018 du 10 octobre 2018 consid. 3.1). Ce manquement doit être objectivement propre à détruire le rapport de confiance essentiel au contrat de travail ou, du moins, à l'atteindre si profondément que la continuation des rapports de travail ne peut raisonnablement pas être exigée; de surcroît, il doit avoir effectivement abouti à un tel résultat (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_124/2017 du 31 janvier 2018 consid. 3.1 et les références citées, publié in SJ 2018 I p. 318; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_105/2018 du 10 octobre 2018 consid. 3.1). Le non-respect de directives générales ou d'instructions particulières de l'employeur au sens de l'art. 321d CO justifie un licenciement immédiat lorsque le manquement, particulièrement grave, est de nature à détruire le lien de confiance devant exister entre les parties au contrat de travail; tel peut être le cas lorsque sont enfreintes des directives concernant l'attitude à adopter lors d'une urgence dans un établissement médico-social (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_496/2008 du 22 décembre 2008 consid. 4 et 4A\_659/2015 du 28 juin 2016 consid. 2.2). Lorsqu'il est moins grave, le manquement ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 142 III 579 consid. 4.2; 130 III 213 consid. 3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_287/2017 du 13 octobre 2017 consid. 4.1). L'avertissement ne doit pas nécessairement comporter la menace d'un licenciement immédiat (ATF 127 III consid. 1b). Il n'est rien d'autre qu'une mise en demeure d'exécuter correctement le contrat, assortie de la fixation d'un délai convenable au sens de l'art. 107 CO, soit une démarche nécessaire sauf s'il ressort de l'attitude du débiteur qu'une telle sommation serait sans effet (ATF 127 III consid. 1b). Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 CO); il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). Savoir si le comportement incriminé atteint la gravité nécessaire dépend des circonstances du cas concret (ATF 142 III 579 consid. 4.2). Il est donc difficile d'établir un catalogue de comportements susceptibles de justifier un congé immédiat (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_397/2014 du 17 décembre 2014 consid. 3.1 in fine; 4A\_659/2015 du 28 juin 2016 consid. 2.2; 4A\_112/2017 du 30 août 2017 consid. 3.2). Dans son appréciation, le juge doit notamment tenir compte de la position et de la responsabilité du travailleur, du type et de la durée des rapports contractuels, de la nature et de l'importance des manquements (ATF 137 III 303 consid. 2.1.1; 130 III 28 consid. 4.1; 127 III 351 consid. 4a), ou encore du temps restant jusqu'à l'échéance ordinaire du contrat (ATF 142 III 579 consid. 4.2). A cet égard, l'importance du manquement doit être d'autant plus grande que ce laps de temps est court (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_659/2015 du 28 juin 2016 consid. 2.2 et les références citées). La position de l'employé, sa fonction et les responsabilités qui lui sont confiées peuvent entraîner un accroissement des exigences quant à sa rigueur et à sa loyauté (ATF 130 III 28 consid. 4.1; 108 II 444 consid. 2b; arrêts du Tribunal fédéral 4A\_177/2017 du 22 juin 2017 consid. 2.3; 4C.51/2006 du 27 juin 2006 consid. 2.2.3; 4A\_659/2015 du 28 juin 2016 consid. 2.2). Le juge doit aussi tenir compte de la responsabilité encourue par l'employeur (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_112/2017 du 30 août 2017 consid. 4.3). Selon l'art. 8 CC, il incombe à la partie qui a résilié le contrat de travail avec effet immédiat d'établir l'existence des conditions de celle-ci (justes motifs, avertissement, etc.) (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_37/2010 du 13 avril 2010, consid. 4.1).

#### **E. 4.2**

En l'espèce, lors de l'entretien du 14 janvier 2016, D\_\_\_\_\_ a adressé des reproches à l'intimé, à savoir la pose de drains aux deux oreilles, le saignement post-tonsillectomie, l'absence de visites post-opératoires et l'adoption du mode opératoire de K\_\_\_\_\_.

L'appelante a établi que l'interne avait mal lu le dossier du patient, raison pour laquelle K\_\_\_\_\_ avait à tort placé des drains aux deux oreilles de cet enfant. Bien même le tém. K\_\_\_\_\_ ait minimisé la portée du drain placé sur l'oreille saine du patient, il n'en demeure pas moins que l'intervention sur celle-ci n'a pas été consentie par le patient, respectivement par ses parents s'agissant d'un mineur, ce qui a porté une atteinte illicite à son intégrité corporelle. Il en résulte que la lecture erronée du dossier médical par l'interne est une violation de son devoir de diligence qui lui a été reprochée avec raison. L'appelante a également démontré que l'interne n'avait pas correctement organisé le suivi du patient qui avait présenté un caillot de sang en omettant d'avoir laissé des consignes pour l'équipe du lendemain (tém. F\_\_\_\_\_), en violation de son cahier des charges qui lui imposait de transmettre toute information nécessaire à l'équipe soignante. L'interne a dès lors également violé son devoir de diligence sur ce point-là. Le fait qu'il ait téléphoné à l'hôpital le lendemain, durant son jour de congé, pour se préoccuper de la prise en charge de ce patient, ne modifie pas cette appréciation car la bonne organisation du service exigeait de lui que ce suivi soit effectué à l'hôpital et avant son départ en congé. La faute de l'intimé est d'autant plus importante que ce patient présentait un caillot de sang et que l'intimé devait se rendre compte que l'équipe du lendemain devait disposer dès sa relève de toutes les données médicales le concernant. En revanche, l'appelante n'ayant pas démontré que l'intimé s'abstenait d'effectuer des visites post-opératoire, cette critique ne fait pas partie des reproches pour lesquels il a été convoqué à un entretien le 14 janvier 2016. De même, l'appelante n'est pas fondée à lui reprocher d'avoir adopté le mode opératoire de K\_\_\_\_\_ puisqu'elle n'a ni démontré que celui-ci était contraire aux règles de l'art médical ni exigé de ce \_\_\_\_\_ [Fonction] le respect du mode opératoire usuel. Pour le surplus, l'appelante n'a pas prouvé que les autres reproches établis à l'encontre de l'interne (restitution du carnet, arrivées tardives au bloc opératoire en novembre 2015, refus d'appeler un supérieur lors de l'intervention du 21 décembre 2015, présentation peu claire du cas d'un patient le 4 janvier 2016, reconvoque d'un patient examiné par l'interne le 7 janvier 2016) aient été abordés lors de l'entretien du 14 janvier 2016, de sorte que ceux-ci ne seront pas retenus. Lors de cet entretien, D\_\_\_\_\_ a avisé l'intimé de ce que la continuation des rapports de travail n'était plus possible et qu'il voulait y mettre un terme en exigeant sa démission ou en sollicitant son licenciement. Il a toutefois renoncé à ces mesures et a accédé à la demande de l'interne afin de lui permettre de terminer son année de formation et de la valider. A cette fin, il l'a transféré dans le service G\_\_\_\_\_ où il ne pratiquait plus d'opérations et l'a maintenu comme médecin de garde de nuit en organisant une supervision accrue sur lui et en enjoignant de faire appel au \_\_\_\_\_ [Fonction] de garde au moindre problème. Au regard de ce contexte, l'intimé devait comprendre de la position exprimée par D\_\_\_\_\_ qu'il n'en était plus au stade de l'avertissement, mais qu'il lui avait concédé une ultime possibilité de terminer son année de formation. Au vu de la gravité des reproches qu'il lui a adressés, l'intimé ne pouvait qu'en déduire que le chef de service ne tolérerait plus aucun nouveau manquement à ses obligations de \_\_\_\_\_ [Fonction]. Il convient maintenant d'examiner si l'attitude de l'intimé lors de sa garde de nuit du 14 mars 2016 pouvait ou non justifier son licenciement avec effet immédiat.

#### **E. 4.3**

Lorsque l'interne a reçu l'appel de l'infirmière à 5h45, il savait qu'il concernait l'enfant de 3 ans opéré la veille en urgence et à chaud, intervention à laquelle il avait assisté, et que ce dernier avait vomi à trois reprises du " sang digéré " entre 4h et 5h du matin. En se contentant de l'appel téléphonique interne de l'infirmière, l'interne a violé l'instruction de D\_\_\_\_\_, dont il avait connaissance, selon laquelle les consultations téléphoniques au sein de l'hôpital étaient interdites et qui lui imposait impérativement de se déplacer auprès du patient. Ensuite, l'interne a violé les consignes du service de B\_\_\_\_\_ et de chirurgie C\_\_\_\_\_ en cas de saignement après opération des amygdales qui lui imposaient de voir " absolument " le patient hospitalisé, ainsi qu'il l'a exposé dans ses écritures. Il a ainsi admis avoir eu connaissance de ces consignes, qui lui avaient été régulièrement répétées lors des colloques à la suite de la survenance d'un cas dramatique qui s'était produit en 2003. Le tém. F\_\_\_\_\_ avait rappelé à l'interne l'importance de surveiller les saignements post-opératoires en se rendant au chevet du patient et elle estimait qu'il avait effectué suffisamment d'opérations en mars 2016 pour le savoir. Cette situation était d'autant plus délicate qu'il s'agissait d'un enfant en situation post-opératoire de moins de 24h après l'opération (tém. L\_\_\_\_\_), que sa vie était " potentiellement en danger " et que l'interne aurait dû l'examiner " toutes affaires cessantes " (tém. J\_\_\_\_\_), " immédiatement " (tém. D\_\_\_\_\_). C'était justement pour pallier à un tel risque qu'un B\_\_\_\_\_ était de garde la nuit (tém. J\_\_\_\_\_). L'interne a aussi violé l'instruction de D\_\_\_\_\_ d'aviser son supérieur au sujet du cas de cet enfant " au moindre doute " ou au " moindre problème ", ce que le tém. K\_\_\_\_\_ a confirmé en déclarant que l'interne aurait dû l'appeler car " le pronostic vital de l'enfant était en jeu ". Il résulte de cette analyse que l'interne a gravement violé ses devoirs de diligence en s'abstenant de se rendre auprès de ce jeune patient en violation de toutes les instructions et consignes qui lui avaient données pour assumer ses tâches avec diligence et prodiguer à ce jeune patient la surveillance et les soins que son état critique imposait. L'infirmière n'avait pas décrit quelques " crachats de sang ", mais des " vomissements de sang ", soit une situation d'une gravité particulière. Il n'appartenait pas à l'interne d'introduire une distinction entre des vomissements de " sang frais " et de " sang digéré " pour en déduire que ceux-ci étaient moins graves que ceux-là, parce que les consignes explicites du service de B\_\_\_\_\_ et de chirurgie C\_\_\_\_\_ ne faisaient pas cette différence. L'interne devait donc suivre les consignes qui lui avaient été données, sans substituer son appréciation personnelle aux directives décidées par le chef de service et des chefs de clinique au sujet du comportement à adopter en pareils cas. L'interne pouvait d'autant moins déléguer à l'infirmière la gestion de cette situation délicate, fût-elle expérimentée et apte à faire la différence entre du " sang digéré " et du " sang frais ", parce que l'évaluation de ce patient imposait un diagnostic médical. L'absence de réactivité de l'interne est d'autant plus grave qu'il n'a jamais prétendu avoir été retenu par une autre urgence ni occupé pour une autre raison. Il savait qu'un manquement supplémentaire ne lui serait pas pardonné et que ses supérieurs seraient d'autant plus exigeants sur les précautions et mesures à entreprendre afin de veiller sur la situation post-opératoire des patients qu'ils voulaient à tout prix éviter de subir un nouveau cas dramatique comme celui survenu en 2003. L'intimé avait été instruit de faire appel au chef de service de garde au " moindre problème " ou " doute ", ce qu'il n'a pas fait faute d'avoir reconnu, à tort, l'urgence de la situation en cause. Enfin, contrairement à l'opinion du Tribunal et du tém. E\_\_\_\_\_, ce n'est pas parce qu'il n'y a pas eu " mort d'homme " que la faute de l'intimé n'est pas grave. Au contraire, la légèreté avec laquelle il a fait fi des consignes qui lui ont été explicitement données auraient exposé l'appelante à une action en responsabilité civile en cas de décès du patient. Les arguments de l'intimé selon

lesquels le tém. de L\_\_\_\_\_ aurait uniquement " haussé le ton " et que E\_\_\_\_\_ aurait nécessairement été avisé des manquements de l'interne si ceux-ci avaient été graves ne modifient pas cette analyse, parce qu'à l'exception du tém. E\_\_\_\_\_, qui a reconnu ne pas connaître le détail des manquements en cause, les autres témoins ont été unanimes à les souligner. Le rapport EIG n'est pas un document nécessaire pour fonder les justes motifs de licenciement, ceux-ci résultant du non-respect des consignes et directives données à l'intimé. Le fait que celles-ci aient été données oralement et non pas écrites n'allège en rien l'obligation de l'intimé de les respecter. Au regard de ce qui précède, l'interne a gravement violé ses obligations de diligence le 14 mars 2016, ruinant définitivement le lien de confiance déjà passablement entamé à la suite des reproches qui lui avaient été formulés lors de l'entretien du 14 janvier 2016. Il s'ensuit que le licenciement avec effet immédiat est justifié et que c'est à tort que le Tribunal a alloué à l'intimé une indemnité à titre de solde de salaires en 61'118 fr. 25 ainsi qu'une indemnité pour résiliation immédiate injustifiée en 40'745 fr. 50. L'appel est fondé sur ce point, de sorte que le ch. 2 dispositif du jugement entrepris sera modifié dans ce sens.

## **E. 5**

L'appelante reproche au Tribunal d'avoir alloué à l'intimé la somme de 8'752 fr. 44 à titre de solde de vacances. Elle ne remet pas en cause le solde de 4,5 jours de vacances en relation avec le contrat signé le 29 mai 2015, pour la période du 1<sup>er</sup> juin au 31 octobre 2015. En revanche, elle soutient que les 25 jours de vacances en relation avec le contrat signé le 18 octobre 2015, pour la période du 1<sup>er</sup> novembre 2015 au 31 octobre 2016, s'est réduit à 9 jours à la suite du licenciement avec effet immédiat au 15 mars 2016. Comme l'intimé avait admis avoir pris 10 jours au cours de la dernière période contractuelle, l'appelante soutient que le solde de ses vacances ramené, pro rata temporis, est de 3,5 jours (4,5 + 9 - 10).

### **E. 5.1**

Selon l'art. 329d al. 1 1<sup>ère</sup> phr. CO, l'employeur verse au travailleur le salaire total afférent aux vacances. Tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages (art. 329d al. 2 CO). Une prétention pécuniaire en remplacement de vacances non prises ne peut donc en principe naître qu'à la fin des rapports de travail (ATF 136 III 94 consid. 4.1). Il incombe à l'employeur, en tant que débiteur du droit aux vacances, de prouver qu'il s'est acquitté de son obligation, c'est-à-dire qu'il a accordé effectivement au travailleur le temps libre rémunéré qui lui était dû (ATF 128 III 271 consid. 2a/bb; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_419/2011 du 23 novembre 2011 consid. 5.2 et la référence citée). Une distinction doit être faite selon que le travailleur bénéficie de son droit aux vacances pendant la période de référence ou après. Lorsque le travailleur n'a pu bénéficier de ses vacances pendant la période de référence, le rapport 5/47 s'applique si le droit annuel est de cinq semaines. Lorsque le travailleur n'a que partiellement bénéficié de son droit aux vacances pendant l'exercice-vacances correspondant, la doctrine propose l'équation suivante: ([nombre de mois dans la période de référence multiplié par le nombre de semaines de vacances par année de service divisé par 12] moins nombre de semaines déjà prises) multiplié par (nombre de semaines par année de service divisé par [52 moins nombre de semaines de vacances par année de service] augmenté de 1), multiplié par (montant du salaire annuel brut divisé par 52) ( CAPH/46/2016 du 25 mars 2016 consid. 3; Wyler/Heinzer, Droit du travail, 3<sup>ème</sup> éd. 2014, p. 400, 401). L'indemnité à titre de vacances est une somme brute (cf. CAPH/176/2018 du 29 novembre 2018 consid. 3.2), sur laquelle il conviendra d'opérer

les déductions sociales et légales usuelles.

### **E. 5.2**

En l'espèce, l'intimé a admis avoir bénéficié de 6 jours de vacances en nature au cours de l'avant-dernier contrat. Il lui restait ainsi 4 jours de vacances à prendre, l'appelante n'ayant pas prouvé lui avoir alloué de jours de vacances supplémentaires. Concernant le dernier contrat, celui-ci prévoyait 25 jours de vacances et l'intimé a pris 10 jours. Dans la mesure où les rapports de travail se sont terminés le 14 mars 2016, l'intimé avait ainsi droit à 11,45 jours de vacances (12 mois = 25 jours; 5,5 mois = 11,45 jours), de sorte qu'il subsiste un solde de 1,45 jours. Le droit total est ainsi de 5,45 jours de vacances. Le salaire annuel s'élevant à 105'938 fr., le salaire mensuel est de 8'828 fr. 16 et le salaire journalier à 420 fr. 38 (8'828 fr. 16 ÷ 21 jours). Il a ainsi droit à 2'291 fr. 05. L'appel est partiellement fondé sur ce point, de sorte que l'indemnité allouée au titre de vacances non prises en nature sera réduite à la somme brute 2'291 fr. 05. Le ch. 2 du dispositif du jugement entrepris sera également modifié dans ce sens.

### **E. 6**

L'appelante reproche au Tribunal d'avoir alloué à l'intimé la somme de 1'223 fr. 30 à titre d'heures de travail supplémentaires sans considérer qu'elle lui avait déjà rétribué 24 heures de travail supplémentaire d'août 2015 à avril 2016. 6.1.1 Le travail supplémentaire, qui se distingue des heures supplémentaires au sens de l'art. 321c CO, est le travail dont la durée excède le maximum légal, soit 45 ou 50 heures selon la catégorie de travailleurs concernés (art. 9 LTr). La rémunération du travail supplémentaire est régie par l'art. 13 LTr, applicable aux hôpitaux publics dans le cadre des rapports de travail qui les lient à des médecins-assistants (art. 4a OLT1), qui prévoit une rétribution à hauteur du salaire de base majorée de 25%, mais uniquement à partir de la 61<sup>ème</sup> heure supplémentaire accomplie dans l'année civile pour les employés de bureau, les techniciens ou autres employés (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_28/2018 du 12 septembre 2018 consid. 3), cette exception ne concernant toutefois pas les personnes assujetties au \_\_\_\_\_ [le Règlement] (art. 84 al. 3 \_\_\_\_\_ [le Règlement]). Lorsqu'il effectue spontanément des heures supplémentaires commandées par les circonstances, le travailleur doit en principe les déclarer dans un délai utile, afin de permettre à l'employeur de prendre d'éventuelles mesures d'organisation en connaissance du temps nécessaire à l'exécution des tâches confiées; à défaut, l'employé risque, sauf circonstances particulières, de voir son droit à la rémunération périmé. Cela étant, lorsque l'employeur sait ou doit savoir que l'employé accomplit des heures au-delà de la limite contractuelle, celui-ci peut, de bonne foi, déduire du silence de celui-là que lesdites heures sont approuvées, sans avoir à démontrer qu'elles sont nécessaires pour accomplir le travail demandé. Une annonce rapide du nombre d'heures supplémentaires exact n'est alors pas indispensable à la rémunération de celles-ci, d'autant moins lorsque les parties ont convenu de la possibilité de compenser plus tard les heures supplémentaires en temps libre (ATF 129 III 171 consid. 2.2 et 2.3 p. 174 s.; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_28/2018 du 12 septembre 2018 consid. 3 et la référence citée). Il incombe au travailleur de prouver qu'il a effectué les heures supplémentaires dont il demande la rétribution (art. 8 CC; ATF 129 III 171 consid. 2.4 p. 176; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_28/2018 du 12 septembre 2018 consid. 3 et la référence citée). S'il n'est pas possible d'établir le nombre exact d'heures effectuées, le juge peut, par application analogique de l'art. 42 al. 2 CO, en estimer la quotité. L'évaluation se fonde sur le pouvoir d'appréciation des preuves (ATF 128 III 271 consid. 2b/aa; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_28/2018 du 12 septembre 2018 consid. 3 et les

références citées). Si l'art. 42 al. 2 CO allège le fardeau de la preuve, il ne dispense pas le travailleur de fournir au juge, dans la mesure raisonnablement exigible, tous les éléments constituant des indices du nombre d'heures supplémentaires accomplies (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2; 122 III 219 consid. 3a; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_28/2018 du 12 septembre 2018 consid. 3 et la référence citée). Lorsque l'employeur n'a mis sur pied aucun système de contrôle des horaires et n'exige pas des travailleurs qu'ils établissent des décomptes, il est plus difficile d'apporter la preuve requise (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_611/2012 du 19 février 2013 consid. 2.2; 4P.35/2004 du 20 avril 2004 consid. 3.2, in JAR 2005 p. 180); l'employé qui, dans une telle situation, recourt aux témoignages pour établir son horaire effectif utilise un moyen de preuve adéquat (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_28/2018 du 12 septembre 2018 consid. 3 et la référence citée). 6.1.2 Selon l'art. 55 CPC, les parties allèguent les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et produisent les preuves qui s'y rapportent. Selon l'art. 221 al. 1 let. d, la demande contient les allégations de fait. Les exigences quant au contenu des allégués et à leur précision dépendent, d'une part, du droit matériel, soit des faits constitutifs de la norme invoquée et, d'autre part, de la façon dont la partie adverse s'est déterminée en procédure : dans un premier temps, le demandeur doit énoncer les faits concrets justifiant sa prétention de manière suffisamment précise pour que la partie adverse puisse indiquer lesquels elle conteste, voire présenter déjà ses contre-preuves; dans un second temps, si la partie adverse a contesté des faits, le demandeur est contraint d'exposer de manière plus détaillée le contenu de l'allégation de chacun des faits contestés, de façon à permettre au juge d'administrer les preuves nécessaires pour les élucider et appliquer la règle de droit matériel au cas particulier (ATF 127 III 365 consid. 2b; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_11/2018 du 8 octobre 2018 consid. 5.2.1.1).

## **E. 6.2**

En l'espèce, l'appelante n'a pas mis en place de système de contrôle des horaires et il est établi que le service B\_\_\_\_\_ et chirurgie C\_\_\_\_\_ auquel l'intimé a été principalement rattaché était en sous-effectif de 5 \_\_\_\_\_ [Fonction], raison pour laquelle D\_\_\_\_\_ voulait le documenter au moyen d'un carnet de consultations. Cela étant, l'appelante acceptait de rémunérer les heures de travail supplémentaires, en application de l'art. 84 al. 4 et 5 \_\_\_\_\_ [le Règlement]. L'intimé n'a dès lors pas remis en cause la rétribution de 24 HTS pour la période d'août 2015 à avril 2016. L'intimé a toutefois précisé qu'il n'avait pas annoncé la totalité de ses HTS au motif qu'il n'avait indiqué à l'appelante que son horaire théorique et non pas son horaire réel. Cette seule affirmation n'est pas suffisante au regard du fardeau de l'allégation qui lui incombe. En effet, il devait formuler ses allégués avec précision, c'est-à-dire en précisant les dates auxquelles il soutient avoir effectué des heures de travail supplémentaires, pour quel type de tâches et les raisons pour lesquelles il ne les a pas annoncées. En tout état de cause, au regard du fardeau de la preuve qui lui incombe (art. 8 CC), il aurait dû interroger les témoins sur la question de savoir si à leur sens il avait effectué des HTS en sus de celles qu'il avait annoncées à l'appelante et pour une quotité de 26 heures en sus de son service de garde. A cet égard, seul le témoin D\_\_\_\_\_ a expliqué que certains médecins utilisaient le temps entre deux urgences pour effectuer des tâches administratives, tandis que d'autres préféraient le faire après la fin de l'horaire de travail de nuit. Par conséquent, de deux choses l'une : soit l'intimé manquait de temps entre deux urgences pour effectuer le travail administratif, en raison du sous-effectif de personnel, et aurait droit à la rémunération d'heures de travail supplémentaires, soit il a choisi, par commodité personnelle dans l'organisation de son travail, d'effectuer ce travail après son service de nuit, alors qu'il en aurait eu le temps durant celui-ci, auquel cas aucune

rémunération supplémentaire ne lui est due. En raison du doute existant au sujet de la justification de ces HTS, il incombe à l'intimé, qui supporte les fardeaux de l'allégation et de la preuve, d'être débouté de sa prétention. L'appel est également fondé sur ce point, de sorte que le ch. 1 du dispositif du jugement entrepris sera modifié dans ce sens.

## **E. 7**

L'appelante reproche au Tribunal de l'avoir condamnée à délivrer à l'intimé un certificat de travail complet, bienveillant et propre à favoriser son avenir économique, quand bien même il a jugé irrecevable le nouveau chef de conclusions de l'intimé dans ce sens. De plus, il n'a pas considéré le certificat de travail remis par l'appelante par courrier du 19 décembre 2016. Enfin, elle réfute devoir rédiger un certificat de travail bienveillant au vu des manquements reprochés à l'intimé.

7.1.1 Selon l'art. 330a al. 1 CO, le travailleur peut demander en tout temps à l'employeur un certificat portant sur la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que sur la qualité de son travail et sa conduite. On parle de certificat de travail complet ou qualifié (ATF 136 III 510 consid. 4.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_270/2014 du 18 septembre 2014 consid. 3.2). Le document prévu par l'article 330a al. 1 CO répond à un double but, parfois contradictoire, consistant à favoriser les recherches du travailleur en vue de trouver un nouvel emploi, tout en permettant, dans le même temps, aux employeurs potentiels approchés de se forger une opinion sur les aptitudes professionnelles et le comportement de l'intéressé (ATF 136 III 510 consid. 4.1; CAPH/54/2015 du 26 mars 2015 consid. 6.1). Le certificat de travail doit être complet, exact, c'est-à-dire, de manière générale, être conforme à la réalité, et inclure les éléments importants, négatifs et positifs (ATF 136 III 510 consid. 4; arrêt du Tribunal fédéral 4C.463/1999 du 4 juillet 2000 consid. 10b; CAPH/54/2015 du 26 mars 2015 consid. 6.1). La formulation du certificat incombe au premier chef à l'employeur (CAPH/54/2015 du 26 mars 2015 consid. 6.1). Une appréciation négative sur la qualité du travail ou la conduite du travailleur peut être exprimée, pour autant qu'elle soit pertinente et fondée (ATF 136 III 510 consid. 4; CAPH/54/2015 du 26 mars 2015 consid. 6.1).

7.1.2 L'art. 330a al. 2 CO prévoit que, à la demande expresse du travailleur, le certificat ne porte que sur la nature et la durée des rapports de travail. Il s'agit d'une simple attestation de travail (ATF 129 III 177 consid. 3.2 et 3.3; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_270/2014 du 18 septembre 2014 consid. 3.2). Le travailleur peut choisir entre un certificat complet (art. 330a al. 1 CO) et un certificat limité (al. 2). L'employeur doit respecter ce choix, étant précisé qu'il n'est pas définitif. Après la délivrance d'un certificat complet, l'employé peut demander la délivrance d'un certificat limité et inversement. Cela est d'autant plus justifié que le travailleur n'a pas connaissance du contenu du certificat au moment où il en demande la délivrance et qu'il peut s'estimer insatisfait. Inversement, dans le cadre de la recherche d'un nouvel emploi, l'employeur potentiel peut également demander à recevoir un certificat complet (Wyler, Droit du travail, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 415). L'employeur n'a pas le pouvoir de décider s'il ne veut remettre qu'une simple attestation de travail (Favre/Tobler/Munoz, Le contrat de travail, 2010, n. 2.1 ad art. 330a CO).

7.1.3 Afin d'obtenir un certificat de travail que l'employeur refuse de lui fournir, le travailleur peut agir en justice contre l'employeur en délivrance du certificat de travail, soit intenter une action condamnatoire (ATF 129 III 177 consid. 3.3; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_270/2014 du 18 septembre 2014 consid. 3.2.1).

7.1.4 Selon l'article 227 al. 1 CPC, la demande peut être modifiée si la prétention nouvelle ou modifiée relève de la même procédure et que l'une des conditions suivantes est remplie : la prétention nouvelle ou modifiée présente un lien de connexité avec la dernière prétention (let. a); la partie adverse consent à la modification de la demande (let. b). Par ailleurs, la demande ne

peut être modifiée aux débats principaux que si les conditions fixées à l'article 227 al. 1 sont remplies (let. a) et si la modification repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux (let. b) (art. 230 al. 1 CPC).

### **E. 7.2**

En l'espèce, l'intimé a sollicité dans sa demande du 25 octobre 2016 la délivrance d'un certificat de travail et l'appelante soutient le lui avoir remis par courrier du 19 décembre 2016. Or, ce document du 8 décembre 2016, intitulé " CERTIFICAT DE TRAVAIL " ne correspond pas à la définition de l'art 330a al. 1 CO en tant qu'il ne comporte aucune appréciation sur la qualité ni la conduite de l'intimé. Il ne s'agit donc pas d'un certificat de travail, mais d'une attestation au sens de l'art. 330a al. 2 CO, dont seul l'intimé pouvait solliciter la délivrance, l'employeur n'ayant pas le pouvoir de remettre une simple attestation de travail en lieu et place du certificat de travail. Par conséquent, l'appelante ne s'est pas libérée de son obligation contractuelle au sens de l'art. 330a al. 1 CO par la remise de cette attestation et sera condamnée à délivrer à l'intimé un certificat de travail conforme à cette disposition et à la jurisprudence susindiquée. Pour le surplus, les conclusions nouvelles de l'intimé au sujet de la délivrance d'un certificat de travail sont irrecevables, ce que le Tribunal a relevé avec raison. Il n'y a donc pas lieu d'y revenir. L'appel est partiellement fondé sur ce point, de sorte que le ch. 3 du dispositif du jugement entrepris sera modifié dans ce sens.

### **E. 8**

8.1 Si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de la première instance (art. 318 al. 3 CPC). En l'occurrence, l'intimé succombe sur le principe du licenciement injustifié ainsi que dans ses conclusions pécuniaires formulées à concurrence de 119'988 fr. 59, n'obtenant que la somme brute de 2'291 fr. 05 et la délivrance d'un certificat de travail. Il convient dès lors de mettre à sa charge les frais judiciaires de première instance, dont le montant de 1'120 fr. n'est pas contesté et compensé à due concurrence avec l'avance de frais qu'il a versée, acquise à l'Etat de Genève (art. 95, 106 al. 1 et 111 al. 1 CPC; art. 69 RTFMC). Il ne sera pas alloué de dépens de première instance (art. 22 al. 2 LaCC).

### **E. 8.2**

Les frais judiciaires d'appel, arrêtés à 2'000 fr., seront mis à la charge de l'intimé, par identité de motifs (art. 95 et 106 al. 1 CPC; art. 71 RTFMC). Ils seront compensés par l'avance de frais de 2'000 fr. effectuée par l'appelante, qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC). Par conséquent, l'intimé sera condamné à rembourser à l'appelante la somme de 2'000 fr. à ce titre (art. 111 al. 2 CPC). Il ne sera pas alloué de dépens pour l'instance d'appel (art. 22 al. 2 LaCC). \* \* \* \* \* PAR CES MOTIFS, La Chambre des prud'hommes, groupe 5 : A la forme : Déclare recevable l'appel formé le 24 avril 2018 par le T\_\_\_\_\_ contre les chiffres 2, 3 et 5 du dispositif du jugement JTPH/71/2018 rendu par le Tribunal des prud'hommes le 13 mars 2018 dans la cause C/11644/2016-5. Au fond : Annule les ch. 2, 3 et 5 de ce jugement. Cela fait, statuant à nouveau sur ces points : Condamne le T\_\_\_\_\_ à verser à A\_\_\_\_\_ la somme brute de 2'291 fr. 05 à titre d'indemnité pour vacances non prises en nature. Invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles. Condamne le T\_\_\_\_\_ à délivrer à A\_\_\_\_\_ un certificat de travail conforme au considérant 7 ci-dessus. Arrête les frais judiciaires de première instance à 1'120 fr., les met à la charge de A\_\_\_\_\_ et les compense avec l'avance

de frais qu'il a fournies, qui demeurent acquises à l'Etat de Genève. Dit qu'il n'est pas alloué de dépens. Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions. Sur les frais: Arrête les frais judiciaires de l'appel à 2'000 fr. et dit qu'ils sont compensés avec l'avance de frais de 2'000 fr., qui reste acquise à l'Etat de Genève. Met ces frais à la charge de A\_\_\_\_\_. Condamne A\_\_\_\_\_ à payer à T\_\_\_\_\_ la somme de 2'000 fr. à ce titre. Dit qu'il n'est pas alloué de dépens. Siégeant : Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, présidente; Monsieur Michael RUDERMANN, juge employeur; Monsieur Willy KNOPFEL, juge salarié; Madame Véronique BULUNDWE-LEVY, greffière. Indication des voies de recours et valeur litigieuse : Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile. Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 15'000 fr.

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