

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/13647/2015-5

CAPH/206/2017

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 14 DECEMBRE 2017

Entre

A_____, domiciliée _____, _____, appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 4 janvier 2017 (JTPH/7/2017), comparant par M^e Amélie VOCAT, avocate, Canonica Valticos de Preux & Ass, Rue Pierre-Fatio 15, Case postale 3782, 1211 Genève 3, en l'Étude de laquelle elle fait élection de domicile,

d'une part,

et

B_____, sise _____, _____, intimée, comparant par M^e Laurent MOREILLON, avocat, Place Saint-François 5, Case postale 7175, 1002 Lausanne, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

d'autre part.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 15 décembre 2017.

EN FAIT

A. Par jugement JTPH/7/2017 rendu le 4 janvier 2017, reçu le 6 janvier 2017 par A_____, le Tribunal des prud'hommes a déclaré recevable la demande de cette dernière formée le 4 novembre 2015 contre B_____ (ch. 1 du dispositif), l'a déboutée de sa demande [en paiement d'heures supplémentaires, de commissions et de soldes de vacances pour 2014 et 2015] (ch. 2), débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 3), arrêté les frais de la procédure à 500 fr., mis ceux-ci à la charge de A_____ (ch. 4) et compensé lesdits frais avec l'avance de frais effectuée par A_____ (ch. 5) et dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 6).

B. a. Par acte déposé le 6 février 2017 au greffe de la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice, A_____ appelle du ch. 2 du dispositif du jugement entrepris, dont elle sollicite l'annulation.

A_____ conclut à la condamnation de B_____ à lui verser la somme brute de 35'000 fr. portant intérêts à 5% l'an à partir du 31 octobre 2015 à titre de rémunération des heures supplémentaires effectuées et à ce qu'il soit dit que l'employeur déduira les charges sociales légales ou conventionnelles. Elle conclut à la confirmation du jugement entrepris pour le surplus.

Subsidiairement, A_____ conclut à l'annulation dudit jugement et au renvoi de la cause au Tribunal des prud'hommes afin qu'il statue dans le sens des considérants.

b. Par réponse du 13 mars 2017, B_____ conclut au déboutement de l'appelante.

c. Les parties ont été informées le 4 mai 2017 de ce que la cause était gardée à juger.

C. a. B_____, société sise à 1_____ (Genève) est active dans la fourniture de services _____.

B_____ est la société mère d'un groupe mondial, disposant de sociétés en 2_____, en 3_____, en 4_____ et 5_____. Elle employait une quinzaine de personnes à Genève et une centaine au total dans le monde (tém. C_____).

D_____ est administrateur président de B_____.

b.a. Par contrat écrit rédigé en anglais et signé à 6_____ (Genève) le 25 mars 2014, B_____ a engagé A_____, née le _____ 1979, à compter du 24 mars 2014 et pour une durée indéterminée, en qualité de "_____" ("*Administrateur des ventes*"), une fonction administrative rattachée au département "*Finance et Administration*" supervisée par E_____, "*Chief Financial Officer*", lequel, à la différence de A_____, disposait d'un pouvoir de signature au Registre du commerce.

A_____ a été chargée de _____ émanant de clients en Europe, au Moyen-Orient, en Afrique et en partie en Asie selon B_____, ainsi qu'aux USA (selon le certificat de travail d'A_____ du 10 novembre 2015).

Le taux d'activité d'A_____ à plein temps correspondait à 40 heures par semaine (art. 4.2 du contrat) – avec cette précision qu'il ne ressort pas de la procédure qu'elle aurait bénéficié d'un horaire flexible - pour une rémunération mensuelle brute de 7'200 fr., payable douze fois l'an (art. 8.1 du contrat). A_____ avait droit à 25 jours de vacances par année, en sus des jours fériés genevois (art. 7.1). Le contrat de travail ne faisait pas mention de l'octroi d'un bonus.

L'art. 11.2 de ce contrat de travail faisait référence à l'incorporation des règles relatives à l'"_____" ("*Règlement des heures supplémentaires et travail supplémentaire*"), dont l'employée reconnaissait avoir reçue une copie et acceptait toutes les politiques, règles et/ou règlements.

Selon ce règlement, daté du 11 février 2011, qu'A_____ a toutefois contesté, par la suite, avoir reçu, les heures supplémentaires étaient définies comme celles qui dépassaient la durée contractuelle hebdomadaire, mais sans excéder le temps de travail maximum de 45 heures défini dans la LTr (art. 1.1 § 2). Le travail supplémentaire était défini comme comprenant les heures dépassant le maximum d'heures de travail par semaine établi par la LTr. (art. 1.1 § 2). L'employé était obligé de réaliser les heures supplémentaires demandées par l'employeur. Il ne pouvait pas les effectuer sans un accord écrit de son "*manager*" (art. 1.1 § 3). Tant les heures supplémentaires que le travail supplémentaire devaient être compensés par un congé équivalent en temps (art. 1.2 § 1 et 2). A défaut de compensation par un congé, les heures supplémentaires étaient payées au taux normal (art. 1.3 § 1), tandis que le travail supplémentaire l'était avec un supplément de 25% (art. 1.3 § 2).

b.b. A partir du 1^{er} octobre 2014, selon un amendement au contrat de travail signé par les parties le 5 janvier 2015, A_____ a été promue "_____" ("_____"), compte tenu de ses responsabilités additionnelles et d'une activité professionnelle difficile ("*In view of your additional responsibilities and hard work*"), et son salaire mensuel brut a été porté à 7'667 fr., payable douze fois l'an. Les autres clauses du contrat de travail demeuraient inchangées.

b.c. En janvier 2015, F_____, directeur commercial de B_____, est devenu le supérieur hiérarchique d'A_____. Le 16 avril 2015, celle-ci a été nommée "_____" et sa rémunération mensuelle brute a été portée à 8'750 fr. dès le 1^{er} avril 2015, selon sa fiche de salaire.

c. B_____ a octroyé un bonus discrétionnaire de 15'000 fr. à A_____ pour l'année 2014, dont 10'000 fr. lui ont été versés en avril 2015 et le solde en octobre

2015. Les autres membres du personnel administratif ont perçu un bonus équivalent ou inférieur à celui d'A_____.

d. Par courrier du 11 mai 2015, B_____ a licencié A_____ ainsi que trois autres employés pour des raisons économiques. L'employée a été libérée de l'obligation de travailler. En raison d'incapacités totales de travail (du 12 mai au 17 juin, du 1^{er} au 31 août et du 1^{er} au 31 octobre 2015), la fin des rapports contractuels a été reportée au 31 octobre 2015, date admise par les parties.

D. a. A_____ n'a jamais sollicité l'accord écrit de B_____ pour effectuer des heures supplémentaires.

b. A_____ a pris des vacances du 30 juin au 14 juillet 2014. Elle a toutefois effectué quelques tâches pendant ses vacances. C'est ainsi que :

-Le 8 juillet 2014 à 13h07, A_____ a envoyé un très bref courriel à G_____. A 21h16, A_____ a confirmé par courriel à H_____ qu'elle avait activé le compte de celle-ci le jour même. A 22h49, A_____ a adressé un courriel à E_____ et à une autre personne pour les informer de ce qu'elle ne parvenait pas à activer l'accès informatique d'une collaboratrice. E_____ lui a répondu dix minutes plus tard qu'il n'y avait pas d'urgence et que cette question pouvait attendre son retour.

-Le 9 juillet 2014 à 12h55, A_____ a envoyé un bref courriel à E_____ et à une autre personne et elle a reçu une réponse à 13h06. A 13h29, A_____ a repris contact par courriel avec son supérieur hiérarchique, qui lui a répondu à 13h53.

-Le 14 juillet 2014, de 13h48 à 17h18, A_____ a eu quelques brefs échanges de courriels avec E_____.

c. Il ressort des pièces produites qu'A_____ a pris congé du 15 au 18 juillet 2014 en compensation d'heures supplémentaires qu'elle avait effectuées.

Par courriel du 27 octobre 2014, A_____ a sollicité l'accord de son supérieur pour prendre six jours de congé en compensation de ses heures supplémentaires, soit du 22 au 26 décembre 2014 (4 jours, compte tenu du jour de Noël), le 30 décembre 2014 et le 23 février 2015 (2 jours). Par réponse du 2 novembre 2014, E_____ a donné son accord à A_____ et lui a demandé si elle était d'accord pour que ces jours-là soldent ses heures supplémentaires. A_____ n'a pas répondu à son supérieur hiérarchique.

B_____ a admis qu'en raison d'une situation urgente à régler, A_____ n'avait pas pu bénéficier de l'ensemble des congés compensatoires qu'elle avait demandés. C'est ainsi que par courriel du 5 janvier 2015, A_____ a annoncé à son employeur qu'elle avait travaillé les 25, 26 décembre et 31 décembre 2014. B_____ lui a versé les montants bruts de 530 fr. 80 en janvier 2015 et de

l'062 fr. en février 2015 en compensation du travail effectué ces jours-là, ce qui ressort des fiches de salaire. L'employeur a également offert un repas à A_____ et à sa famille à titre de remerciements.

Par courriel du 5 janvier 2015, l'appelante a sollicité l'accord de son supérieur de prendre congé les 16 et 19 janvier 2015 afin de "*compenser une partie de [ses] jours*", ce qu'il a approuvé.

Par courriel du 20 janvier 2015, A_____ a sollicité d'E_____ d'approuver sa demande de congé pour le mardi 3 février en compensation de ses heures, ce qu'il a accepté par réponse du 23 janvier 2015. Par courriel du 2 février 2015, elle a toutefois sollicité d'E_____ la possibilité de prendre congé le 26 février au lieu du 3 février 2015, ce qu'il a également accepté.

Les parties admettent que les jours travaillés des 25, 26 et 31 décembre 2014 et compensés en espèces ont également été repris en congé les 16 et 19 janvier et le 26 février 2015.

d. B_____ a produit un tableau intitulé "*Récapitulatif vacances et heures supplémentaires*" (pièce n° 78), à teneur duquel A_____ avait droit à 19,5 jours de vacances en 2014 (calculées au pro rata) et qu'elle avait pris 12 jours de vacances (les 23 mai et du 30 juin au 14 juillet 2014). En 2015, elle avait droit à 20,8 jours de vacances (au pro rata) et elle avait pris 6 jours (les 20 mars et du 2 au 10 avril 2015). Il lui restait donc un solde de 22,3 jours de vacances au 31 octobre 2015, qui a été réduit de 6,22 jours en raison de son incapacité de travail. Le solde final de 16,08 jours de vacances a été converti en une indemnité de vacances brute de 7'185 fr. 85 et lui a été versée avec son dernier salaire du mois d'octobre 2015. A cet égard, il sera rappelé qu'A_____ a renoncé à sa prétention en paiement d'une indemnité complémentaire au titre de vacances.

Il ressort en outre de ce tableau qu'A_____ a bénéficié de 12 jours de congé en compensation de ses heures supplémentaires, à savoir du 15 au 18 juillet, du 22 au 24 décembre et le 30 décembre 2014, les 16 et 19 janvier et les 23 et 26 février 2015.

Il découle de ce tableau et d'échanges de courriels entre les parties que les 16 et 19 janvier, ainsi que les 23 et 26 février 2015 ont été enregistrés par l'employeur comme étant des "*jours de récupération*". Le témoignage contraire de M_____ – quand bien même elle est l'auteure de ce tableau – sera dès lors écarté puisqu'il est contredit par ce qui précède.

E. Le Tribunal des prud'hommes a ordonné des enquêtes.

I_____, employée de B_____ depuis janvier 2011, en qualité de "_____" jusqu'à fin mars 2014, puis affectée au _____, était en voyage 5_____

lorsqu'A_____ a commencé son activité auprès de B_____ (tém. J_____). I_____ est ensuite partie deux semaines en vacances (tém. I_____ et J_____), puis a formé A_____ durant deux ou trois semaines. Ensuite, I_____ et sa subordonnée G_____ ont toutes deux quitté "_____" et changé de bureau. Selon I_____, le travail des _____ nécessitait un minimum de deux personnes, voire une troisième personne, elle-même ayant confirmé avoir été tout le temps en surcharge. I_____ a ajouté qu'elle n'avait jamais traité ses courriels pendant ses vacances et qu'elle compensait ses heures supplémentaires en accord avec son supérieur.

A_____ arrivait au bureau entre 7h30 et 8h00, parfois un tout petit peu plus tard, étant l'une des premières personnes à arriver (tém. J_____, K_____ et C_____), prenait sa pause de midi au bureau avec ses collègues et, les rares fois où elle sortait de l'entreprise, elle continuait à travailler sur son portable (tém. L_____ et K_____). A_____ quittait le bureau entre 19h00 et 20h00 (tém. C_____), souvent vers 21h00 ou 22h00 (tém. J_____). Les jours où A_____ n'avait pas ses enfants – deux filles âgées de _____ et _____ ans - elle était encore présente, sinon elle partait plus tôt (tém. C_____). Personne ne partait avant 19h00 ou 20h00 (tém. K_____).

J_____ employée de B_____ du 1^{er} mai 2013 au 29 février 2016, en dernier lieu en qualité d'"_____" (comptable) qui n'était pas en litige avec B_____ mais envisageait d'entamer une procédure contre celle-ci, a déclaré qu'A_____ avait eu jusqu'à quatre subordonnés dont un à 8_____, un 5_____, un à Genève qui avait commencé peu avant les vacances d'été 2014, suivi d'un autre qui avait rejoint l'équipe en avril 2015. J_____ a confirmé qu'A_____ avait formé son subordonné durant ses vacances d'été 2014 et avait adressé depuis la plage de nombreux courriels à J_____, qui lui avait conseillé de se reposer et de ne plus penser au travail.

J_____ a confirmé qu'A_____ avait travaillé certains jours fériés et effectué tellement d'heures supplémentaires qu'il lui paraissait impossible qu'elle ait pu les compenser. J_____ avait sollicité plusieurs fois E_____ afin de trouver une solution pour A_____.

K_____, "_____" d'avril à octobre 2014 chez B_____, a confirmé que A_____ avait beaucoup de travail, qu'elle avait sollicité des demandes de compensation et ignorait si elle les avait obtenues. La question de la compensation des heures supplémentaires créait régulièrement des tensions dans l'entreprise.

F_____, directeur commercial de B_____ de janvier 2014 à mai 2015, ayant admis avoir conservé des contacts réguliers avec A_____ et évoqué avec elle les points de discordance qu'elle avait avec la société, a déclaré que A_____ travaillait un peu jour et nuit, était atteignable à tout moment, de manière spontanée. Ce côté

volontariste était plus qu'apprécié dans la start-up. Il lui arrivait de travailler le week-end et le soir d'un 31 décembre, ainsi que durant ses vacances. A_____ tenait un décompte de ses heures supplémentaires et en sollicitait la compensation ou la rémunération, décision financière qui ne dépendait pas de lui.

Selon C_____, de B_____ de mai 2014 à mai 2015, A_____ était joignable en permanence 24h/24 et il était évident que cette dernière faisait des heures supplémentaires car elle avait un rôle central pour trois régions dans le monde, ce qui l'obligeait à être au travail tôt le matin et tard le soir.

- F. a.** Par requête déposée au greffe de l'autorité de conciliation des prud'hommes le 30 juin 2015, puis par demande ordinaire au greffe du Tribunal des prud'hommes le 4 novembre 2015, A_____ a assigné B_____ en délivrance d'un certificat de travail et en paiement de 87'500 fr. plus intérêts à 5% l'an dès le 31 octobre 2015 (rémunération des heures supplémentaires : 35'000 fr., commissions : 35'000 fr. et solde de vacances pour 2014 et 2015 : 17'500 fr.), étant précisé qu'elle a obtenu ledit certificat de salaire et a renoncé à ses conclusions en paiement de commissions et de solde de vacances, de sorte que seule la rémunération des heures supplémentaires est encore litigieuse entre les parties.

Dans sa demande, A_____ a allégué : "*Afin d'être disponible pour les autres régions du globe, A_____ n'a eu de cesse de faire des heures supplémentaires ainsi que de travailler les jours fériés. La demanderesse n'a de ce fait eu aucun jour férié réel pour l'année 2014*" (allégués nos 14 et 15).

Dans sa partie en droit, A_____ a affirmé avoir effectué plus de 500 heures de travail supplémentaires, à raison de 2 heures quotidiennes, sans compter les nombreuses soirées et le week-end (...) et élevé une prétention en paiement de 35'000 fr. sans mentionner le mode de calcul.

b. B_____ a conclu au rejet des conclusions d'A_____ au motif qu'elle lui avait accordé 12 jours de congé en compensation de ses heures supplémentaires.

- G.** Selon le Tribunal des prud'hommes, B_____ n'avait pas demandé à A_____ d'effectuer des heures supplémentaires. Toutefois, la société en avait eu connaissance et avait autorisé l'employée à prendre des congés en compensation desdites heures, de sorte qu'il pouvait être retenu que celles-ci avaient été accomplies dans l'intérêt de l'employeur et qu'elles donnaient droit à compensation ou à rémunération.

Cependant, il ressortait du "*Récapitulatif vacances et heures supplémentaires*" produit par l'employeur que les heures annoncées à celui-ci avaient été compensées par du temps libre et A_____ n'avait pas prouvé avoir accompli des heures supplémentaires non mentionnées dans ce tableau. En particulier, A_____

n'avait jamais contesté le courriel d'E_____ du 2 novembre 2014 selon lequel les heures supplémentaires de 2014 étaient soldées par les jours de congé accordés.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est recevable pour avoir été interjeté auprès de la Cour de justice (art. 124 let. a LOJ), dans le délai utile de trente jours et suivant la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 142 al. 1, 145 al. 1 let. b, 308 al. 1 let. a et 311 al. 1 CPC), à l'encontre d'une décision finale de première instance qui statue sur des conclusions pécuniaires dont la valeur litigieuse, compte tenu de l'ensemble des prétentions demeurées litigieuses en première instance, est supérieure à 10'000 fr. (art. 91 al. 1 et 308 al. 2 CPC).
1.2 La valeur litigieuse étant en l'occurrence supérieure à 30'000 fr., la procédure ordinaire s'applique, de même que les maximes des débats et de disposition (art. 55, 58 al. 1 et 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC).
1.3 La Chambre de céans dispose d'un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC). En particulier, elle contrôle librement l'appréciation des preuves effectuée par les juges de première instance et vérifie si ceux-ci pouvaient admettre les faits qu'ils ont retenus (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_153/2014 du 28 août 2014 consid. 2.2.3).
2. Les parties s'affrontent sur la question de savoir si l'appelante dispose ou non d'une prétention en paiement à titre d'heures supplémentaires, compte tenu des jours de congé déjà pris en compensation.

L'appelante reproche au Tribunal des constatations manifestement inexacts des faits, ayant fondé son jugement sur une pièce unique de l'intimée (n° 78), sans considérer les témoignages qui ont confirmé l'accomplissement des heures supplémentaires. Elle lui reproche de s'être abstenu d'estimer le nombre d'heures supplémentaires en violation des arts. 321c al. 1 et 42 al. 2 CO, leur quotité résultant des enquêtes. Elle en a toutefois effectué le calcul en seconde instance (Appel, p. 19). Elle a contesté le caractère exhaustif du récapitulatif des heures supplémentaires, dressé après son licenciement. Elle soutient n'avoir pas répondu au courriel de son supérieur hiérarchique du 2 novembre 2014 parce qu'elle n'était pas d'accord avec sa proposition de solder ses heures supplémentaires, le Tribunal des prud'hommes ayant violé l'art. 6 CO sur ce point. Elle affirme avoir été constamment en surcharge et dans l'impossibilité concrète de compenser ses heures supplémentaires.

L'intimée soutient que l'appelante n'a pas allégué suffisamment d'éléments à l'appui de sa prétention et qu'il n'avait pas été possible de déterminer comment la somme de 35'000 fr. avait été calculée avant le dépôt de l'appel. Elle estime que l'appelante n'a pas prouvé sa prétention, de sorte que l'art. 42 al. 2 CO n'est pas

applicable. Il appartenait à l'appelante d'annoncer immédiatement ses heures supplémentaires à l'employeur. Enfin, son obligation de fidélité et de diligence lui imposaient de manifester son désaccord à la suite de la réception du courriel de son supérieur du 2 novembre 2014.

2.1.1 Il convient d'examiner préalablement si l'allégation de l'appelante en relation avec sa prétention en paiement d'heures supplémentaires est ou non recevable.

Selon l'art. 55 al. 1 CPC (le CPC étant applicable par renvoi de l'art. 13 al. 1 LTPH), 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 CPC, la demande contient les allégations de fait.

La motivation des faits est suffisante si le contenu de l'allégation de chacun des faits pertinents permet au juge, non seulement d'appliquer le droit fédéral, mais encore d'administrer les preuves nécessaires pour élucider ce fait (ATF 127 III 365 consid. 2b; 123 III 183 consid. 3e; 108 II 337 consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_566/2015 du 8 février 2016 consid. 4.2.2).

Sous l'empire de la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC), qui régleme les rôles respectifs du juge et des parties dans le rassemblement des faits, la personne de l'alléguant importe peu, puisqu'il suffit que les faits fassent partie du cadre du procès pour que le juge puisse en tenir compte (arrêt du Tribunal fédéral 4A_559/2016 du 18 janvier 2017 consid. 3.1 et les références citées).

2.1.2 En l'espèce, les allégations de l'appelante en relation avec l'accomplissement d'heures supplémentaire étaient suffisantes au regard des arts. 55 al. 1 et 221 al. 1 let. d CPC et a permis au Tribunal des prud'hommes d'ordonner des enquêtes, lesquelles ont circonscrit plus précisément le litige. Pour le surplus, l'appelante n'avait aucune obligation d'exposer sa méthode de calcul de l'indemnité, dès lors que celle-ci relève du droit, que le juge applique d'office (art. 57 CPC).

Le grief de l'intimée est dès lors infondé.

2.2.1 Selon l'art. 321c CO, si les circonstances exigent des heures de travail plus nombreuses que ne le prévoit le contrat ou l'usage, un contrat-type de travail ou une convention collective, le travailleur est tenu d'exécuter ce travail supplémentaire dans la mesure où il peut s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le lui demander (al. 1, absolument impératif selon l'art. 361 al. 1 CO). L'employeur peut, avec l'accord du travailleur, compenser les heures de travail supplémentaires par un congé d'une durée au moins égale, qui doit être accordé au cours d'une période appropriée (al. 2). L'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins, sauf clause

contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective (al. 3).

Les parties peuvent déroger par écrit au système légal de rétribution et convenir que les heures supplémentaires accomplies à l'avenir ne seront pas rémunérées, ou seront rémunérées sans supplément (ATF 124 III 469 consid. 2 et 3; arrêt du Tribunal fédéral 4A_172/2012 du 22 août 2012 consid. 6.1). Un accord tacite au sens de l'art. 6 CO, selon lequel lorsque l'auteur de l'offre ne devait pas, en raison soit de la nature spéciale de l'affaire, soit des circonstances, s'attendre à une acceptation expresse, le contrat est réputé conclu si l'offre n'a pas été refusée dans un délai convenable, n'entre donc pas en considération. L'exigence de la forme écrite répond au besoin de protéger le travailleur qui, sous l'effet de pressions de la part de son employeur ou craignant de perdre son emploi, ne fait pas valoir immédiatement son droit au paiement d'heures supplémentaires, une telle protection se révélant nécessaire en période de récession économique (ATF 124 III 469 consid. 3a).

La forme écrite est respectée lorsque le contrat écrit de travail renvoie à un document annexe, tel qu'un règlement du personnel (arrêts du Tribunal fédéral 4A_227/2016 du 24 octobre 2016 consid. 4.3, 4C.407/2004 du 7 janvier 2005 consid. 3.1; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 2014, p. 98).

L'art. 321c CO s'applique aux cadres supérieurs dans la mesure où leur horaire a été expressément défini par le contrat (ATF 129 III 171 = JdT 2003 I 241 consid. 2.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_172/2012 du 22 août 2012 consid. 4.3.2).

2.2.2 Selon la loi sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (ci-après : LTr), applicable notamment aux entreprises privées (art. 1 al. 1 LTr) - mais non pas aux travailleurs qui exercent une fonction dirigeante élevée (art. 3 let. d LTr), lesquels, de par leur position et leur responsabilité et eu égard à la taille de l'entreprise, disposent d'un pouvoir de décision important, ou sont en mesure d'influencer fortement des décisions de portée majeure concernant notamment la structure, la marche des affaires et le développement d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise (art. 9 OLT 1) - la durée maximale de la semaine de travail est de 45 heures pour les travailleurs occupés dans les entreprises industrielles ainsi que pour le personnel de bureau, le personnel technique et les autres employés, y compris le personnel de vente des grandes entreprises de commerce de détail (art. 9 al. 1 let. a LTr). Les "*autres employés*" comprennent notamment les salariés chargés pour l'essentiel de tâches dites cérébrales, tels que ceux occupés dans des centres de développement de programmes informatiques (DUNAND, Loi sur le travail, Commentaire, 2005, n. 10 ad art. 13 LTr). Pour le travail supplémentaire, l'employeur versera au travailleur un supplément de salaire d'au moins 25 %, qui n'est toutefois dû aux employés de bureau, aux techniciens et aux autres

employés, y compris le personnel de vente des grands établissements du commerce de détail, qu'à partir de la soixante et unième heure supplémentaire accomplie dans l'année civile (art. 13 al. 1 LTr; DUNAND, op. cit., n. 12 ad art. 13 LTr). Le travail supplémentaire ne donne droit à aucun supplément de salaire lorsqu'il est compensé, avec l'accord du travailleur et dans un délai convenable, par un congé de même durée (art. 13 al. 2 LTr).

Le caractère impératif de l'art. 13 LTr exclut tout accord dérogatoire prévoyant par exemple que la rémunération pour le travail supplémentaire soit forfaitairement incluse dans le salaire de base ou que le travail supplémentaire serait compensé par d'autres prestations particulières, telles qu'une participation au résultat de l'entreprise, une gratification ou un bonus (WYLER/HEINZER, op. cit., pp. 98 et 108; arrêt du Tribunal fédéral 4A_172/2012 du 22 août 2012 consid. 6.1 et 6.4).

Les pauses comptent comme travail lorsque le travailleur n'est pas autorisé à quitter sa place de travail (art. 15 al. 2 LTr).

En résumé, à défaut de compensation par un congé de même durée avec l'accord du travailleur, la rétribution des heures supplémentaires, soit celles accomplies au-delà du temps de travail prévu par le contrat ou l'usage, par un contrat-type ou une convention collective est réglée par l'art. 321c CO et dès que les heures supplémentaires dépassent le maximum légal, elles constituent du travail supplémentaire et doivent impérativement faire l'objet d'une rétribution comprenant le salaire de base majoré de 25% selon l'art. 13 LTr et seulement à partir de la 61^{ème} heure supplémentaire accomplie dans l'année civile pour la catégorie de travailleurs sus évoquée (ATF 126 III 33 consid. 6c; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 98).

2.2.3 L'employeur a un intérêt évident à être informé de la nécessité d'effectuer des heures supplémentaires par rapport à la durée de travail initialement prévue afin de pouvoir, le cas échéant, prendre les mesures d'organisation nécessaires, ce dont le travailleur doit également être conscient. En conséquence, si l'employeur n'a pas connaissance de la nécessité d'effectuer des heures supplémentaires, et si, compte tenu des circonstances, il n'avait pas non plus de raison de le savoir, on peut admettre que le fait d'accepter sans réserve le salaire habituel revient à renoncer à une indemnité pour les heures supplémentaires effectuées (ATF 129 III 171 = JdT 2003 I 141 consid. 2.2).

Cependant, on ne peut reconnaître à l'employeur un intérêt à être immédiatement informé lorsque, selon les circonstances, il possède suffisamment d'éléments pour savoir d'emblée que la durée de travail convenue ne suffit pas à son employé pour accomplir les tâches qui lui ont été confiées. Dans les cas où l'employeur doit admettre, au moins sur le principe, que des heures supplémentaires au sens de

l'art. 321c CO sont nécessaires, il peut ainsi s'organiser en conséquence et on peut attendre de lui qu'il se renseigne dans la mesure où il désire connaître le nombre d'heures supplémentaires effectuées. Ainsi, si l'employé peut partir de l'idée que son employeur connaît la nécessité d'effectuer des heures supplémentaires, il ne doit pas nécessairement les chiffrer concrètement lors de la première période de salaire. Bien plus, il est autorisé, dans une telle situation, à attendre, pour chiffrer ses heures supplémentaires, de savoir si et dans quelles proportions il aura besoin, à long terme, de plus de temps pour accomplir les tâches qui lui ont été confiées. Cela vaut en particulier lorsque la possibilité de compenser les heures supplémentaires dans le temps ou par des loisirs a été convenue (ATF 129 III 171 = JdT 2003 I 141 consid. 2.3; AUBERT, Commentaire romand, 2012, n. 10 ad art. 321c CO).

Sous réserve de l'abus de droit, il est possible de faire valoir la prétention en paiement des heures supplémentaires tant que court le délai de prescription (ATF 129 III 171 = JdT 2003 I 141 consid. 2.3).

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). 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 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_611/2012 du 19 février 2013 consid. 2.2). 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 accomplies (cf. ATF 133 III 462 consid. 4.4.2; 122 III 219 consid. 3a). La conclusion selon laquelle les heures supplémentaires ont été réellement effectuées dans la mesure alléguée doit s'imposer au juge avec une certaine force (cf. ATF 132 III 379 consid. 3.1; 122 III 219 consid. 3a; AUBERT, op. cit., n. 16 ad art. 321c CO).

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 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_611/2012 du 19 février 2013 consid. 2.2); l'employé qui, dans une telle situation, recourt aux témoignages pour établir son horaire effectif utilise un moyen de preuve adéquat (arrêts arrêt du Tribunal fédéral 4A_611/2012 du 19 février 2013 consid. 2.2 et 4A_543/2011 du 17 octobre 2011 consid. 3.1.3).

2.3 En l'espèce, l'art. 321c CO est applicable à l'appelante, qu'elle ait été ou non un cadre supérieur de l'intimée, dès lors que son horaire hebdomadaire a été fixé à 40 heures par semaine, selon son contrat de travail.

Le "*Règlement des heures supplémentaires et travail supplémentaire*" a été valablement intégré aux rapports contractuels en application de l'art. 11.2 du contrat de travail, l'appelante ayant à teneur de cette disposition explicitement admis avoir reçu une copie dudit règlement et accepté son contenu. Il ne sera dès lors pas tenu compte de son affirmation ultérieure selon laquelle elle ne l'aurait pas reçu.

La portée de ce règlement signifie que l'appelante a valablement renoncé au supplément de 25% de son salaire horaire pour les 60 premières heures supplémentaires accomplies.

L'appelante étant assujettie à la LTr, n'ayant pas exercé une fonction dirigeante élevée au sens de cette loi et de l'art. 9 OLT 1, ni disposé d'un pouvoir de signature au Registre du commerce pour la société intimée, elle bénéficiera, dès la 61^{ème} heure supplémentaire accomplie durant l'année civile, de la majoration de 25% de son salaire horaire.

Quand bien même l'art. 1.1 § 3 du "*Règlement des heures supplémentaires et travail supplémentaire*" imposait l'accord écrit préalable du "*manager*" avant que l'employée puisse accomplir des heures supplémentaires, force est de constater que l'intimée a renoncé à cette exigence en accordant, durant les rapports contractuels, douze jours de congé à l'appelante en compensation de ses heures et son travail supplémentaires. L'appelante a accompli les heures (et le travail) supplémentaires au vu et au su de son supérieur hiérarchique, E_____, lequel a été interpellé à plusieurs reprises par l'"_____" J_____ afin de trouver une solution au sujet du surcroît de travail de l'appelante. Il ressort des enquêtes qu'il était par ailleurs délicat pour l'appelante d'évoquer ce sujet avec son supérieur hiérarchique car la question des heures supplémentaires générait des tensions au sein de la société.

Les témoins ont été unanimes à confirmer l'accomplissement d'heures (et de travail) supplémentaires par l'appelante. En effet, son horaire de travail quotidien était régulièrement de dix heures par jour, soit de 8h00 à 19h00, ce qui représentait ainsi deux heures supplémentaires par jour, pause de midi non comprise. Elle accomplissait parfois jusqu'à treize heures de travail par jour en travaillant de 8h00 à 22h00, pause de midi non comprise, soit cinq heures supplémentaires. Ces horaires variaient en fonction du fait qu'elle avait ou non la garde de ses filles mais on peut aisément retenir au regard des témoignages recueillis qu'elle accomplissait, à tout le moins, deux heures supplémentaires de travail par jour sur toute la durée de son emploi auprès de l'intimée.

L'appelante a effectué ces heures supplémentaires dans l'intérêt de l'intimée. Au départ, elle a commencé son activité professionnelle sans avoir été secondée par sa formatrice, I_____, laquelle a voyagé 5_____ puis a pris ses vacances.

Ensuite, I _____ a confirmé que le travail des " _____ ", pour lequel elle formait l'appelante, nécessitait au minimum deux personnes, voire une troisième et qu'elle avait en permanence été en surcharge. Ensuite, l'appelante a bénéficié d'un subordonné peu avant les vacances d'été 2014, mais a dû consacrer du temps à sa formation en sus de son activité, voire ponctuellement durant ses vacances. C _____ a confirmé que l'appelante assumait un rôle central pour trois régions dans le monde, ce qui l'obligeait à commencer tôt le matin et à terminer tard le soir. Enfin, même lorsque l'appelante a obtenu des jours en compensation de ses heures supplémentaires (du 22 au 26 décembre et le 30 décembre 2014), elle a dû y renoncer pour cause de surcharge de travail (les 25, 26 et 31 décembre 2014), ce que l'intimée a admis en rémunérant ces jours et en les compensant par de nouveaux congés (16 et 19 janvier et 26 février 2015), point qui n'est plus litigieux entre les parties.

Il résulte de ce qui précède que le Tribunal des prud'hommes ne pouvait pas considérer, compte tenu des témoignages recueillis sur l'ampleur des heures supplémentaires accomplies par l'appelante, que le *Récapitulatif vacances et heures supplémentaires*", correspondant à 96 heures (12 jours x 8 heures) intégrait l'intégralité desdites heures supplémentaires. De plus, le Tribunal des prud'hommes ne pouvait pas inférer de l'absence de réponse de l'appelante au courriel de son supérieur hiérarchique du 2 novembre 2014 qu'elle avait implicitement accepté de solder ses heures et le travail supplémentaires accomplis en 2014 (art. 6 CO), puisque l'art. 321c al. 3 CO impose la forme écrite pour que le travailleur puisse valablement renoncer aux heures supplémentaires déjà accomplies.

Il convient dès lors de calculer les heures et le travail supplémentaires accomplis, à raison de deux heures par jour, durant les jours ouvrables, sans inclure une activité effectuée durant les vacances ou les jours fériés. En effet, la question des jours fériés durant lesquels l'appelante a dû travailler n'est plus litigieuse entre les parties. Quant à son activité professionnelle effectuée les 8, 9 et 14 juillet 2014 durant ses vacances, elle se résume à des échanges de brefs courriels, qui ne justifient pas une rémunération au titre d'heures supplémentaires.

Le calcul des deux heures supplémentaires par jour accomplies durant les jours ouvrés est le suivant :

Nombre de jours ouvrés (sans les week-ends ni les jours fériés genevois) du lundi 24 mars 2014 au vendredi 8 mai 2015 (soit avant le licenciement intervenu le lundi 11 mai 2015) : 284 jours, dont à déduire 18 jours de vacances pris par l'appelante en 2014 et 2015, ainsi que 12 jours obtenus à titre de compensation, soit un solde de 254 jours.

Durant ces 254 jours, l'appelante a effectué au moins 2 heures supplémentaires par jour, soit un total de 508 heures supplémentaires. Les 120 premières heures (soit 60 heures en 2014 et 60 heures en 2015 selon l'art. 13 al. 1 LTr) seront rémunérées au taux normal (art. 321c al. 3 CO et art. 13 al. 1 LTr) et les 388 heures suivantes au taux majoré de 25%.

Cela implique de déterminer le taux horaire moyen de l'appelante :

- du 24 mars au 30 septembre 2014, soit durant 131 jours ouvrés, le salaire mensuel brut de l'appelante était de 7'200 fr., de sorte qu'elle a perçu la somme de 43'366 fr. (les chiffres sont arrondis) durant cette période ($7'200 \text{ fr.} \times 131 \text{ jours} \div 21,75 \text{ jours}$, soit le nombre moyen de jours de travail pour une semaine de 5 jours, cf. le site internet du SECO);

- du 1^{er} octobre 2014 au 15 avril 2015, soit durant 136 jours ouvrés, le salaire mensuel brut de l'appelante était de 7'667 fr., de sorte qu'elle a perçu la somme de 47'941 fr. durant cette période ($7'667 \text{ fr.} \times 136 \text{ jours} \div 21,75 \text{ jours}$) et

- du 16 avril au 8 mai 2015, soit durant 17 jours ouvrés, le salaire mensuel brut de l'appelante s'est élevé à 8'750 fr., de sorte qu'elle a perçu la somme de 6'839 fr. durant cette période ($8'750 \text{ fr.} \times 17 \text{ jours} \div 21,75 \text{ jours}$).

Le taux horaire moyen de l'appelante du 24 mars 2014 au 8 mai 2015 était donc de 43 fr. 20 ($43'366 \text{ fr.} + 47'941 \text{ fr.} + 6'839 \text{ fr.} = 98'146 \text{ fr.} \div 284 \text{ jours} [131 + 136 + 17] = 345 \text{ fr.} 58 \text{ par jour} \div 8 \text{ heures par jour}$).

Il résulte de ce qui précède que les 120 premières heures à 43 fr. 20, compte tenu de la renonciation de l'appelante par contrat à la majoration de 25%, totalisent la somme de 5'184 fr. et que les 388 heures suivantes au taux horaire majoré de 25%, soit à 54 fr. (43 fr. 20 + 25%), totalisent la somme de 20'952 fr. ($388 \text{ fr.} \times 54 \text{ fr.}$).

La prétention de l'appelante est ainsi fondée à concurrence de 26'136 fr. (5'184 fr. + 20'952 fr.). Les intérêts à 5% l'an à partir du 31 octobre 2015 sur le montant de 26'136 fr. sont justifiés, cette date étant postérieure à la date moyenne de la période considérée.

Le ch. 2 du dispositif du jugement entrepris sera dès lors annulé et l'intimée condamnée à verser à l'appelante la somme de 26'136 fr. plus intérêts à 5% l'an dès le 31 octobre 2015 au titre de la rémunération des heures supplémentaires qu'elle a accomplies.

La partie qui en a la charge sera pour le surplus invitée à opérer les déductions sociales, légales ou conventionnelles.

- 3.** Il n'y a pas lieu à la perception de frais judiciaires (art. 19 al. 3 let. c LACC) ni à l'allocation de dépens (art. 22 al. 2 LACC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes, groupe 5 :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel formé le 6 février 2017 par A_____ contre le jugement JTPH/7/2017 rendu par le Tribunal des prud'hommes le 4 janvier 2017 dans la cause C/13647/2015-5.

Au fond :

Annule le chiffre 2 du dispositif du jugement entrepris et, statuant à nouveau sur ce point :

Condamne B_____ à payer à A_____ la somme de 26'136 fr. plus intérêts à 5% l'an dès le 31 octobre 2015, au titre de la rémunération d'heures supplémentaires.

Invite la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles.

Confirme le jugement entrepris pour le surplus.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Jocelyne DEVILLE-CHAVANNE, présidente; Monsieur Bernard JEANNERET, juge employeur; Madame Shirin HATAM, juge salariée; 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.