



Monsieur
T _____
Dom. élu : Me Olivier CRAMER
Rue de la Fontaine 9
Case postale 3781
1211 Genève 3

E _____
Dom. élu : Me Pascal RYTZ
Rue du Rhône 29
1204 Genève

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

du jeudi 18 mai 2006

M. Louis PEILA, président

MM. Tito VILA et Jean RIVOLLET, juges employeurs

Mme Andrée HOPPE et M. Victor TODESCHI, juges salariés

Mme Laurence AELLEN, greffière d'audience

EN FAIT

- A.** Par demande déposée au greffe de la juridiction des prud'hommes le 10 juillet 2003, T_____ a assigné E_____ en paiement de 88'812 fr. 50 à titre d'heures supplémentaires, 25'000 fr. à titre de gratification pour chacun des exercices 2001 et 2002, 10'084 fr. 80 à titre de vacances non prises, 9'450 fr. à titre de remboursement de frais, notamment de nourriture, le tout plus intérêts à 5 % dès le 1er mars 2003, et 33'333 fr. 40 à titre d'indemnité pour licenciement abusif, plus intérêts à 5 % dès le 9 juillet 2003.

A l'appui de ses conclusions, T_____ a notamment allégué avoir accompli 1'450 heures supplémentaires au service de son employeur du 14 mai 2001 au 31 décembre 2002, chiffre résultant pour partie d'une estimation. Toutefois, il requérait la production des relevés d'heures par son employeur pour établir un décompte précis de ces heures supplémentaires.

E_____ a conclu au déboutement intégral de T_____ et à sa condamnation à une amende de 2'000 fr. pour téméraire plaideur, contestant en bloc son argumentation. Elle a par ailleurs formé une demande reconventionnelle tendant à la condamnation de T_____ au paiement de divers montants, en remboursement de dommages que la prétendue incurie de celui-ci lui aurait causés, en violation de ses obligations légales (art. 321a al. 1 et 321 e CO), soit 351'750 fr. (facturation mal transmise), soit 40'080 fr. (surcharge de la minute facturée par Z_____ à E_____), 28'270 fr. (approbation de crédits sans autorisation adéquate) et 31'000 fr. (vente de cartes sans paiement à un autre revendeur), le tout assorti d'un intérêt à 5 % dès le 22 septembre 2003.

- B.** Par jugement notifié le 16 juin 2004, le Tribunal des prud'hommes a condamné E_____ à payer à T_____ 8'716 fr. 50 brut plus intérêts à 5% dès le 1^{er} mars 2003 correspondant à 4 semaines de vacances et à un jour férié et 25'000 fr. net plus intérêts à 5% dès le 1^{er} mars 2003 à titre de bonus pour 2001.

Le Tribunal a considéré que T_____ avait démontré avoir droit aux vacances non prises et à une gratification, mais uniquement pour l'exercice 2001. En revanche, T_____ n'avait pas démontré l'existence d'un tel accord pour l'année suivante, ni au sujet de la prise en charge des frais de repas à Zurich, non documentés, et n'avait donc aucun droit en conséquence. Par ailleurs, le contrat à prendre en considération excluait expressément la prise en compte des heures supplémentaires et E_____ n'avait pas à les payer. Les autres prétentions des parties devaient enfin être rejetées, le congé n'étant pas abusif et la faute ou les négligences de l'employé n'étant pas démontrées.

C. Agissant en temps utile, T_____ a appelé de cette décision. Il concluait à sa confirmation s'agissant du paiement des vacances non prises et du bonus pour l'exercice 2001 et reprenait intégralement ses autres conclusions.

E_____ a pour sa part conclu au déboutement de toutes les prétentions de T_____ et renoncé à ses conclusions reconventionnelles.

D. Par arrêt du 21 mars 2005, la Cour d'appel des prud'hommes a rejeté les appels principal et incident et confirmé la décision entreprise.

E. T_____ s'est pourvu au Tribunal fédéral contre cette décision et E_____ a formé un recours en réforme joint. La contestation soumise au Tribunal fédéral portait sur la rémunération des heures supplémentaires, les gratifications pour les années 2001 et 2002 et l'indemnité pour licenciement abusif. La condamnation de E_____ pour le paiement des vacances non prises devenait donc définitive, à défaut d'avoir été contestée en appel.

Par arrêt du 25 octobre 2005, le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable l'argumentation des parties relativement aux gratifications (art. 63 al. 2 LOJ) et n'est donc pas entré en matière sur ce point. Il a par ailleurs confirmé que le licenciement de T_____ n'était pas abusif, le déboutant de ses conclusions prises au regard de l'art. 336a al. 1 CO. Cela étant, le Tribunal fédéral a retourné la cause à la Cour pour nouvelle décision à rendre au regard de l'application de l'art. 3 let. d LTr, afin de déterminer la nature exacte des fonctions exercées par l'employé et, cas échéant, d'établir le nombre d'heures supplémentaires devant être rémunérées.

F. Au regard des conclusions prises sur retour du dossier du Tribunal fédéral, les éléments pertinents suivants seront retenus :

a. E_____ est une société anonyme sise à Genève. Son but est la fourniture de services de télécommunication et de radiocommunication ainsi que commerce des produits et services connexes y relatifs. Le président du conseil d'administration, A_____, signe individuellement alors que les autres membres du conseil, B_____, C_____ et D_____, signent collectivement à deux.

Un des membres fondateurs, F_____, a quitté la société à la fin de l'an 2000, ne supportant plus de travailler avec A_____.

Au printemps 2000, le salaire d'A_____ s'élevait à 120'000 fr. par année, alors que C_____ et F_____ percevaient 100'000 fr. chacun.

Entre 2000 et 2002, le nombre d'employés de cette société a évolué, au gré des acquisitions d'autres sociétés, entre 8 et 25. Le chiffres d'affaires s'est inscrit, durant cette même période, entre 15 et 30 millions. Ces chiffres ont été précisés de mémoire par les parties lors de leur audition, sans être documentés. Selon C_____, E_____ est une petite société qui n'évolue pas dans une structure rigide. La direction se réunit de manière informelle, parfois par téléphone, puisqu'elle répartit ses bureaux entre Genève et Zurich.

Pendant la durée de l'engagement de T_____, E_____ a acquis plusieurs sociétés concurrentes, dont Y_____, sans que T_____ ne participe à ces acquisitions.

b. T_____ a d'abord travaillé pour E_____ en qualité d'agent indépendant, selon contrat ad hoc du 9 octobre 1998, puis de chef de vente à 50% dès le 23 septembre 1999, pour un salaire initial brut de 2'500 fr. par mois, payable douze fois l'an, auquel s'ajoutaient diverses participations aux résultats de la société ainsi qu'un montant mensuel forfaitaire de 500 fr. pour les frais de déplacement de l'employé.

Selon son contrat, rédigé de façon détaillée, le temps de travail hebdomadaire était fixé à quarante-deux heures et demie, étant précisé que *« compte tenu de sa fonction, le travailleur [s'efforcera] de manifester la plus grande disponibilité toutes les fois que l'intérêt de l'employeur [l'exigera], le cas échéant en consacrant plus de temps sans pour autant être compensé à ce titre »*.

Le paragraphe suivant (3.12) stipulait en outre que le travailleur *« ne saurait prétendre en aucun cas, ce qu'il accepte, au paiement ou à la compensation des heures supplémentaires qu'il pourrait être amené à effectuer dans le cadre de son activité professionnelle »*.

c. Par courrier du 4 avril 2000, T_____ a été promu « Director Sales & Marketing », avec effet rétroactif au 1^{er} mars 2000, son salaire étant porté à 72'000 fr. par année; T_____ a accepté les conditions qui lui étaient proposées, qui tiennent sur une page.

d. Il ressort des enquêtes que T_____ était dès lors désigné en qualité de directeur général, titre qu'il se donnait d'ailleurs et qui figurait sur sa carte de visite (pièce 19 E_____), qu'il avait plusieurs personnes sous ses ordres, qu'il bénéficiait d'une certaine liberté d'organisation et qu'il pouvait engager du personnel. C'est notamment lui qui procédait aux entretiens d'engagement et qui signait les lettres de refus, ou qui apparaissait comme répondant de la société vis-à-vis de l'Office cantonal de

l'emploi (pièces 20 à 29 E_____). Il a également signé seul des documents de natures diverses, soit des courriers de confirmation d'engagement ou de licenciement, des certificats de salaire, des lettres de modification d'affectation, de même que des avertissements, des mises en demeure ou des règles de conduite à usage interne (pièces 30 à 39 E_____). Il a aussi activé les cartes de télécommunications délivrées aux fournisseurs de E_____ pour des montants importants, à raison d'environ 580'000 fr. entre le 2 juillet 2002 et le 24 septembre 2004 (pièces 43 à 52 E_____). Il n'a toutefois jamais bénéficié d'une signature sociale et les décisions finales d'engagement appartenaient à A_____, qui signait les contrats (cf. témoins G_____ [*qui précise que A_____ n'intervenait que pour les employés supérieurs*], H_____, I_____, J_____, K_____, L_____, M_____, N_____, O_____).

S'agissant plus spécifiquement d'A_____, dont on rappellera qu'il était seul titulaire d'une signature individuelle, les témoignages recueillis mentionnent qu'il prend les décisions et qu'il dirige effectivement la société (cf. notamment témoins L_____ et P_____), que le dernier mot lui appartient et qu'il s'attribue la décision sur tous les points, même secondaires (cf. témoin K_____), qu'il prend les décisions relatives aux systèmes de facturation (cf. témoins K_____ et Q_____) et, enfin, selon un autre administrateur, qu'il est la seule personne à décider, à tous les échelons (cf. audition Q_____).

T_____ considère d'une manière générale qu'il ne pouvait rien entreprendre sans l'aval d'A_____, qu'il n'avait pas de budget ni d'autonomie, ce que conteste C_____ pour le compte de E_____.

e. Par courrier du 27 novembre 2000, le salaire annuel de T_____ a été porté à 100'000 fr. avec effet au 1er octobre 2000. Cette annonce faisait référence au « bon travail et engagement des derniers mois » de l'employé.

f. T_____ travaillait beaucoup, souvent le soir jusqu'à 19 ou 20 heures, voire plus. Il lui arrivait de travailler le week-end, principalement

lorsqu'il était à Zurich, soit entre le 10 septembre 2001 et le 13 septembre 2002 (cf. témoins P_____, I_____, J_____, K_____, Q_____, L_____). Il n'a jamais, tout au long de son activité pour E_____, sollicité le paiement de ces heures supplémentaires, mais il les a mentionnées à plusieurs reprises dans les échanges de mail au niveau de la direction.

g. D'une manière générale, au sein de E_____, les heures supplémentaires n'étaient pas prises en charge, conformément à la teneur du contrat de travail, et les employés n'en réclamaient pas le paiement (cf. témoins L_____, M_____).

h. T_____ a versé à la procédure un tableau faisant état de ses activités de la semaine 20 de 2001 à la semaine 52 de 2002 (pièce 11). Ce tableau, que E_____ n'a pas sérieusement contesté s'agissant des jours travaillés, démontre que T_____ s'est trouvé pendant 126 jours à Zurich de septembre 2001 à septembre 2002, y compris quatre samedi et deux dimanche.

T_____ a également produit des feuilles de présence attestant de son activité du 14 mai 2001 au 31 décembre 2002, avec une interruption pour la période de Zurich du 10 septembre 2001 au 13 septembre 2002. D'un point de vue strictement arithmétique, il ressort des pièces 11 et 12 de T_____ qu'il a accompli 438,3 heures supplémentaires pendant la période s'écoulant du 14 mai 2001 au 9 septembre 2001, puis du 7 octobre au 31 décembre 2002, soit pendant 27 semaines.

Les courriels, qui mentionnent automatiquement leur heure d'envoi, permettent également de mesurer la présence de T_____ à son lieu de travail.

Il était ainsi en activité le 17 décembre 2001 à 23h43, le samedi 22 décembre à 01h21, le dimanche 23 décembre 2001 à 17h32, le dimanche 7 avril 2002 à 17h57 et le dimanche 5 mai à 18 h23 et à 20h52 (pièces 13 à 17 T_____). Il ressort également des échanges de courriels que d'autres dirigeants de E_____ lui adressaient des requêtes ou des instructions

durant la soirée ou le week-end (pièces 18 à 27 T_____).

i. Sommée de produire les fiches de présence du salarié par ordonnance du Tribunal du 3 novembre 2003, E_____ est restée muette.

j. Au cours de l'année 2002, les relations entre T_____ et A_____ se sont détériorées, sans qu'un élément précis ne puisse être mis en exergue pour fixer dans le temps l'origine de cette dégradation.

k. A l'occasion d'un échange de mails ayant trait aux dissensions existantes, T_____ priait A_____, en conclusion, de prendre une décision définitive et de la lui communiquer, voulant savoir si on lui faisait toujours confiance et ne désirant pas être un directeur «*fantoche*».

Le même jour, A_____ a dressé une liste de reproches qu'il a adressée à T_____, lequel lui a répondu qu'il interprétait son message comme une accusation de fraude, se réservant le droit de déposer une plainte en diffamation et harcèlement.

l. Par courrier du 24 décembre 2002 remis en mains propres, E_____ a résilié le contrat de travail de T_____ avec effet au 28 février 2003, respectant ainsi le délais de résiliation contractuel.

T_____ a cessé son activité au sein de la société à fin janvier 2003.

A l'appui de sa contestation du congé, T_____ a exposé sa propre version des faits : «*je tiens à préciser qu'en tant que Directeur général, il est de mon devoir de mettre en garde l'organe directeur sur les carences d'un département et les risques que celles-ci font encourir à la compagnie et il est vrai que je ne me suis pas privé de ces prérogatives à de nombreuses reprises. J'ai proposé toute mon aide aux personnes concernées et donné des conseils pour résoudre les erreurs de parcours. Hélas ceux-ci n'ont pas été pris en compte et il était dès lors de mon devoir de porter à votre connaissance et à celle de Monsieur A_____ les problèmes majeurs. Vous avez interprété ceci comme un refus de l'équipe mise en*

place et je le regrette. Comme le futur de E_____ me tient à cœur même après mon départ, je vous adresse une dernière mise en garde sur les compétences du service financier dans son ensemble ».

m. Lors des négociations consécutives à la résiliation, E_____ a manifesté son insatisfaction, entre autres griefs, relative à la gestion du département dont T_____ avait eu la charge (perte de clients, etc.), estimant avoir perdu patience quant à sa capacité à assumer les responsabilités liées à sa position.

EN DROIT

1. Il n'y a pas lieu de revenir sur la validité des appels, déjà admise par arrêt du 21 mars 2005.

2. **2.1** E_____ revient sur une page de son état de fait et sur trois pages dans sa partie juridique sur sa condamnation au paiement de 25'000 fr. à titre de gratification pour l'année 2001, en concluant à son annulation. Ce faisant, elle omet volontairement, ainsi qu'elle l'a admis devant la Cour, de reconnaître que la contestation de ce point a été déclarée irrecevable par le Tribunal fédéral, ce qui lui confère un caractère définitif évident, et se prétend choquée par le fait que cette décision inique aurait été rendue au mépris des pièces produites. La conclusion de E_____ de ce chef est inadmissible, puisqu'elle viole de manière flagrante les règles régissant l'autorité de la chose jugée; pour le surcroît de travail inutile que son examen a nécessité, un émolument complémentaire de 500 fr. sera mis à sa charge.

- 2.2** Les condamnations prononcées par jugement du Tribunal, arrêts de la Cour et du Tribunal fédéral dont il n'a pas été fait appel, ou dont l'appel a été écarté, qu'il fut jugé non fondé ou irrecevable, sont définitives et n'ont donc pas à être reprises dans la présente décision. Il n'en sera par conséquent pas fait mention dans le dispositif ci-après.

3. **3.1** En cas de renvoi d'une cause par le Tribunal fédéral à la juridiction cantonale, l'instance à laquelle la procédure est renvoyée est liée par le dispositif, les considérants en droit et les instructions données par la juridiction fédérale. Le juge auquel la cause est renvoyée est non seulement lié par ce qui a été déjà tranché définitivement par le Tribunal fédéral, mais également par les constatations de fait qui n'ont pas été attaquées devant lui pour autant qu'elles n'aient pas été rectifiées en raison d'une inadvertance manifeste (ATF 131 III 91 consid 5.2; 104 IV 276 consid. 3, JdT 1980 IV p. 62; ATF 104 IV 276 consid. 3, JdT 1980 IV p. 62).

L'autorité cantonale à laquelle une affaire est renvoyée peut tenir compte de nouveaux allégués en tant que la procédure civile cantonale le permet (art. 66 al. 1 OJ, ATF 116 II 220 consid. 4a, JdT 1993 I p. 322).

A Genève, ce sont les règles évoquées à l'art. 312 LPC qui s'appliquent après le retour de la cause, par renvoi de la LJP.

- 3.2** En l'espèce, en tant que cela est pertinent pour le renvoi d'espèce, le Tribunal fédéral a notamment déclaré ceci :

"5.1 Aux termes de l'art. 321c al. 1 et 3 CO, l'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires, c'est-à-dire celles accomplies au-delà du temps de travail prescrit par le contrat ou l'usage, si elles ne sont pas compensées par un congé; il doit, pour ces heures, verser le salaire normal majoré d'un quart au moins. Les clauses contraires d'un accord écrit sont réservées et celles-ci priment donc, le cas échéant, la réglementation légale.

L'art. 13 al. 1 de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (ci-après la loi sur le travail ou LTr; RS 822.11) prévoit aussi un supplément de salaire de 25% au moins pour le travail supplémentaire qui n'est pas compensé par un congé. Le travail supplémentaire est celui qui excède la durée maximum imposée aux entreprises, pour la semaine de travail, par l'art. 9 al. 1 LTr. Pour certaines catégories de travailleurs, le supplément est dû seulement à partir de la soixante-et-unième heure supplémentaire que la personne concernée accomplit au cours d'une année civile. Selon la jurisprudence, l'obligation de l'employeur porte non

seulement sur le supplément de 25% mais également sur le salaire de base; de plus, cette réglementation est impérative, à la différence de l'art. 321c al. 1 et 3 CO, et elle prime donc tout accord contraire des parties. Un éventuel accord s'applique ainsi uniquement aux heures que le travailleur accomplit au delà de l'horaire contractuel mais en deçà de la durée maximum prévue par l'art. 9 al. 1 LTr, et, éventuellement, en deçà de soixante-et-une heures par année civile (ATF 126 III 327 consid. 6 p. 341).

Le demandeur appartenait à la catégorie des "autres employés" selon l'art. 9 al. 1 let. a LTr, soit celle des personnes dont l'activité est essentiellement intellectuelle, à la différence des "autres travailleurs" qui sont régis par l'art. 9 al. 1 let. b LTr et se consacrent à des tâches artisanales ou manuelles (Thomas Geiser, [commentaire de la] Loi sur le travail, Berne 2005, ch. 33 ad art. 9 LTr). La durée maximum de la semaine de travail était donc fixée à quarante-cinq heures et le demandeur était soumis au contingent de soixante heures supplémentaires par année civile.

5.2 L'application de la loi sur le travail suppose toutefois que l'entreprise et le travailleur soient l'une et l'autre assujettis à cette loi. Or, aux termes de l'art. 3 let. d LTr, les travailleurs qui exercent une fonction dirigeante élevée ne sont pas assujettis. Selon l'art. 9 de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail (OLT 1; RS 822.111), du 10 mai 2000, cette clause vise toute personne qui dispose, de par sa position et sa responsabilité et eu égard à la taille de l'entreprise, d'un pouvoir de décision important, ou est 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. Une définition analogue, quoique moins détaillée, était auparavant consacrée par l'art. 7 de l'ordonnance antérieure du 14 janvier 1966 (RO 1966 p. 87).

La portée de l'art. 3 let. d LTr doit être déterminée de cas en cas, sans égard au titre ni à la formation de la personne concernée mais d'après la nature réelle de sa fonction. Il faut aussi tenir compte de la grandeur de l'entreprise. Une position de confiance, la compétence de signer au nom de l'employeur ou celle de donner des instructions peuvent appartenir aussi à des travailleurs qui n'exercent pas de fonction dirigeante élevée aux termes

de cette disposition; par conséquent, les faits de ce genre ne constituent pas des critères décisifs (ATF 126 III 337 consid. 5 p. 340; Geiser, op. cit., ch. 19 à 22 ad art. 3 LTr).

5.3 La Cour d'appel a retenu que le contrat écrit des parties excluait expressément toute rémunération pour d'éventuelles heures supplémentaires et, sur la base de cet accord, elle a rejeté les prétentions que le demandeur fondait sur l'art. 321c al. 3 CO. En instance de réforme, le demandeur renonce à contester ce point mais il persiste à réclamer, ainsi qu'il l'a déjà fait en appel, la rétribution du travail supplémentaire qui est, le cas échéant, garantie selon l'art. 13 al. 1 LTr. Il reproche aux précédents juges d'avoir appliqué de façon incorrecte l'art. 3 let. d LTr en retenant qu'il exerçait une fonction dirigeante élevée au service de la défenderesse. Contrairement aux affirmations de cette dernière, le recours principal ne comporte ici aucune conclusion nouvelle.

Selon l'arrêt attaqué, "les fonctions dirigeantes [du demandeur], impliquant la nécessité d'accomplir des heures supplémentaires non rétribuées, ont été établies par les enquêtes"; ce sujet n'est pas discuté de façon plus approfondie. La Cour d'appel a formellement constaté que le demandeur avait le titre de directeur général, qu'il avait plusieurs personnes sous ses ordres, qu'il bénéficiait d'une certaine liberté d'organisation et qu'il pouvait engager du personnel. Il procédait aux entretiens d'engagement. Il n'avait toutefois aucun droit de signature et les décisions d'engagement appartenaient à A _____, qui signait les contrats. L'arrêt mentionne aussi, on l'a vu, l'interventionnisme immodéré d'A _____ et la tension qui en résultait dans ses rapports avec le demandeur.

A eux seuls, ces éléments ne permettent pas un jugement définitif au regard de l'art. 3 let. d LTr. Ils ne révèlent pas en quoi le demandeur exerçait un pouvoir de décision important ou influençait fortement des décisions de portée majeure pour la défenderesse. On ne dispose d'aucun renseignement sur la taille et l'organisation de l'entreprise, ni sur le niveau du personnel qui était sélectionné par le demandeur et proposé, pour engagement, à A _____. Il est possible qu'en raison de l'interventionnisme de ce dernier, le demandeur ne soit pas parvenu à assumer une fonction réellement dirigeante, correspondant à son titre de directeur général. Il

n'avait pas de droit de signature, ce qui, selon une opinion doctrinale, constitue un critère négatif excluant la fonction dirigeante élevée (Geiser, ibidem, ch. 22 p. 77/78); cette vision catégorique ne peut cependant pas être partagée par le Tribunal fédéral car s'il est vrai qu'un pouvoir de représentation est presque toujours associé aux pouvoirs de gestion les plus élevés (Rolf Watter, Commentaire bâlois, 2e éd., ch. 16 ad art. 716a CO et 3 ad art. 718 CO), la concomitance n'est pas obligatoire et il peut aussi exister, dans l'organisation d'une entreprise, des fonctions dirigeantes sans droit de signature (Rolf Ditesheim, La représentation de la société anonyme par ses organes ordinaires, fondés de procuration et mandataires commerciaux, thèse de Lausanne, Berne 2001, p. 101, avec références à d'autres auteurs). En l'espèce, la Cour d'appel a déjà mis en évidence certains indices - plutôt favorables au demandeur - mais elle n'a procédé qu'à une instruction fragmentaire; il est donc nécessaire que les constatations de fait soient complétées conformément à l'art. 64 al. 1 OJ. (...)

5.4 Au motif que le demandeur n'était pas assujéti à la loi sur le travail, la Cour d'appel s'est dispensée de constater le nombre d'heures de travail supplémentaire qu'il a accomplies dans chaque année civile. Au besoin, elle complétera l'instruction sur ce point également."

3.3 Il appartient en conséquence de mieux cerner les compétences de l'appelant et, pour le cas où il serait soumis à la LTr, de déterminer le nombre d'heures devant être rémunérées.

3.3.1 Dans l'organigramme de E_____, l'appelant est désigné comme directeur général. Il était, de fait, responsable d'un département de l'intimée, qui en comportait deux ou trois selon les périodes. Ceci ne signifie pas pour autant, au vu des principes qui viennent d'être rappelés, qu'il ait exercé une fonction dirigeante élevée. Plus que les titres utilisés, ce sont les véritables responsabilités exercées qui comptent (nombre de subordonnés, chiffre d'affaires, etc.). La tâche essentielle de l'appelant consistait à diriger la division de vente des cartes à prépaiement et à gérer les dossiers des personnes devant être engagées, la décision définitive ne lui appartenant toutefois pas nécessairement. Il fonctionnait de manière relativement

autonome, restant cependant toujours sous le contrôle de l'administrateur principal, qui avait la mainmise sur toutes les décisions finales importantes, selon les témoignages recueillis. Cette position est caractéristique d'un employé de haut niveau, mais ne ressortit pas nécessairement au rôle d'un dirigeant élevé. La question de l'autonomie budgétaire n'a pas été clairement discutée par les parties, mais aucune pièce, comptable ou prévisionnelle par exemple, ne démontre une grande autonomie de l'appelant à ce sujet. Par ailleurs, le fait qu'il ne bénéficiait pas de la signature sociale plaide contre la qualité de dirigeant élevé. La participation de l'appelant aux réunions de direction peut rester ouverte, dans la mesure où la taille de l'entreprise n'amenait pas la tenue formelle de telles réunions. L'appelant conteste avoir participé à ces réunions, contre l'avis de E_____, mais il apparaît peu probable que, dans une si petite société, il ne fut pas à tout le moins consulté pour la plupart des questions au vu de ses fonctions. Cette participation ne permet pourtant pas de dire qu'il jouissait d'un pouvoir de décision dans la marche des affaires de l'entreprise, et encore moins d'un pouvoir de décision en ce qui concerne les affaires essentielles visées par l'OLT 1. Enfin, rien n'indique non plus que l'appelant, qui devait avoir entre trois et une dizaine d'employés sous ses ordres, ait joui d'une pleine compétence en matière d'engagement et de licenciement du personnel, les employés techniques et financiers échappant totalement à son contrôle. Par ailleurs, s'agissant d'une petite structure, le fait d'avoir au-dessus de lui un administrateur invasif et décidant de tout, y compris de choses secondaires pour reprendre encore une fois les témoignages qui font foi, et un autre directeur, C_____, qui disposait d'une signature sociale, démontre que l'appelant était au mieux, hiérarchiquement, en troisième position, ce qui, par rapport à un personnel relativement peu important en nombre, soit entre 8 et 25, nuance son importance stratégique. Enfin, au regard de la capacité d'influence de l'appelant, il faut encore rappeler qu'il émettait, au mieux, des propositions qu'A_____ gérait en dernier ressort. S'agissant encore de l'importance du rôle de l'appelant, il sied de relever qu'il n'est pas intervenu dans le processus d'acquisition des sociétés concurrentes par E_____, ce qui est un élément de l'absence de pouvoir de décision important. Pour toutes ces raisons, il y a lieu de considérer que l'appelant n'entre pas dans la catégorie des travailleurs qui exercent une fonction dirigeante élevée, de sorte qu'il était assujettis à l'art. 3 let. d LTr.

Il a donc droit au paiement des heures supplémentaires dépassant 45 heures par semaine et, au-delà, un contingent supplémentaire de 60 heures par année.

3.3.2.1 Il reste en conséquence à déterminer le nombre d'heures déterminant, qui doit en principe être prouvé par celui qui en sollicite le paiement. Toutefois, selon l'art. 186 al. 2 LPC, le juge peut ordonner à la partie qui détient une pièce utile à la solution du litige de la produire, même si le fardeau de la preuve ne lui incombe pas. En cas de refus sans motif légitime, le fait allégué par la partie adverse peut être tenu pour avéré.

Une telle obligation de produire des pièces est soumise à des conditions cumulatives. La pièce doit être utile à la solution du litige; sans l'apport de la pièce en cause, la preuve serait rendue difficile ou aléatoire; la partie qui assume le fardeau de la preuve doit démontrer qu'elle ne détient pas elle-même la pièce visée et qu'elle ne dispose d'aucun moyen raisonnable pour se la procurer, que la partie interpellée possède effectivement la pièce en cause ou est seule à même de se la procurer; la partie interpellée ne peut invoquer aucun motif légitime de refuser la production qui lui est réclamée; est notamment considérée comme légitime l'obligation de respecter un secret professionnel ou de fonction ou d'affaires qui ne concerne pas le litige (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/ SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, n. 5 ad art. 186 LPC).

Il a été jugé que la partie qui assume le fardeau de la preuve est habilitée à exiger de son adversaire, via le juge, la production d'une pièce en sa possession (SJ 1981 p. 201; JEANDIN, LPC et production de pièces de lege ferenda, SJ 2000 II p. 399).

En l'espèce, l'appelant, qui a versé les pièces qu'il avait conservées, a sollicité la production de l'intégralité des feuilles de présence le concernant, et le Tribunal a ordonné à E _____, en vain, de verser ces pièces à la procédure.

Il s'ensuit que les heures supplémentaires de l'appelant devront être fixées en

fonction des pièces remises par ce dernier et, pour la période qu'elles ne couvrent pas, par estimation comparative. Celle-ci tiendra compte notamment du résultat des enquêtes, qui ont démontré que l'employé ne ménageait pas ses heures, y compris le samedi et le dimanche.

3.3.2.2 De fait, le calcul de l'appelant n'a pas été expressément critiqué par E_____ qui, on l'a vu, n'a pas participé, dans la mesure où elle le devait, à la manifestation de la vérité. Dès lors, au regard des pièces produites et des témoignages recueillis, la Cour retiendra les chiffres suivants. Selon les fiches de présence du 14 mai 2001 au 31 décembre 2002, avec une interruption pour la période de Zurich du 10 septembre 2001 au 13 septembre 2002, et d'un point de vue strictement arithmétique (pièces 11 et 12 T_____), l'appelant a accompli 438,3 heures supplémentaires entre le 14 mai 2001 et le 9 septembre 2001, puis du 7 octobre au 31 décembre 2002, soit pendant 29 semaines, représentant une moyenne de 15,11 heures supplémentaires par semaine, ou 3 heures par jour. Le nombre de semaines travaillées par l'appelant lui donnant droit au paiement des heures supplémentaires est de 142 du 1^{er} mars 2000 au 31 décembre 2002, représentant plus de 2'000 heures de travail supplémentaire par simple extrapolation. Ce chiffre est toutefois nuancé par l'appelant lui-même, qui l'arrête à 1450, mesure qui sera donc prise en considération. La LTr capitalisant les heures devant être payées au-delà de 45 heures par semaine, sous déduction d'un contingent de 60 heures par année, il convient de réduire la somme de 1450 de 525, de sorte que la rémunération de l'appelant portera sur 925 heures supplémentaires.

Le salaire de l'appelant s'élevait à 100'000 fr. par an, soit 8'333 fr. 35 par mois ou, divisé par 21,57, 383 fr. 15 par jour, ou encore, à raison de 8,5 heures par jour, 45 fr. de l'heure. Les heures supplémentaires rémunérées selon la LTr doivent être augmentées de 25% soit en l'occurrence 56 fr. 25. En conséquence, l'appelant a droit à 52'031 fr. 25 dès la fin des rapports de travail.

4. L'émolument complémentaire de 500 fr. qui sera mis à la charge de E_____ est fixé conformément aux critères des art. 25 et 42A du règlement fixant le tarif des greffes.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 3.

Statuant sur renvoi du Tribunal fédéral :

Préalablement :

- Condamne E_____ au paiement d'un émolument complémentaire de 500 fr.

Au fond :

- Condamne E_____ à payer à T_____ la somme brute de 52'031 fr. 25 plus intérêts à 5% dès le 1er mars 2003, à charge pour elle d'effectuer les déductions sociales légales.
- Déboute les parties de toutes autres conclusions sur renvoi.

La greffière de juridiction

Le président