

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/22565/2012-5

CAPH/183/2014

**ARRÊT**

**DE LA COUR DE JUSTICE**

**Chambre des prud'hommes**

**DU 27 NOVEMBRE 2014**

Entre

**A.** \_\_\_\_\_ **SA**, sise \_\_\_\_\_ (GE), appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 10 avril 2014 (JTPH/143/2014), comparant par M<sup>e</sup> Malek ADJADJ, avocat, Fontanet & Associés, Grand Rue 25, Case postale 3200, 1211 Genève 3, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

d'une part,

et

**Monsieur B.** \_\_\_\_\_, domicilié \_\_\_\_\_ (ARGENTINE), intimé, comparant par M<sup>e</sup> Vincent SPIRA, avocat, Rue de Versonnex 7, 1207 Genève, en l'Étude duquel il fait élection de domicile,

d'autre part.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 28 novembre 2014.

---

**EN FAIT**

- A. a) Au début de l'année 1998, les C.\_\_\_\_\_ ont créé la société anonyme A.\_\_\_\_\_ SA, sise à Genève, dont le but est l'exploitation de la publicité en relation avec la communication commerciale dans le domaine des transports publics ainsi que les services, les conseils et les prestations en la matière.

Le 17 avril 1998, A.\_\_\_\_\_ SA a été inscrite au Registre du commerce de Genève.

b) Alors que A.\_\_\_\_\_ SA était en formation, elle a fait publier dans la presse une annonce d'offre d'emploi pour un responsable/chef(fe) d'entreprise qui devait participer à la mise en place de la structure et de l'organisation de cette nouvelle PME, devant compter entre cinq et dix collaborateurs, puis la gérer en fonction des objectifs commerciaux et de développements déterminés conjointement. Aux termes de cette annonce, A.\_\_\_\_\_ SA recherchait pour ce poste une personne "très disponible".

c) Par contrat de travail du 4 mai 1998, signé pour A.\_\_\_\_\_ SA par D.\_\_\_\_\_ et E.\_\_\_\_\_, respectivement président et vice-président du conseil d'administration de la nouvelle société anonyme, B.\_\_\_\_\_ a été engagé comme directeur d'entreprise, avec effet au 1er juin 1998.

Le chiffre 2 de ce contrat avait la teneur suivante :

*"La durée du travail est de 40 heures par semaine en moyenne, réparties sur cinq jours. Elle dépend essentiellement de la fonction et des missions à accomplir.*

*L'employé est tenu d'effectuer le travail supplémentaire que l'employeur lui demande.*

*N'est reconnu que le travail supplémentaire commandé par l'employeur ou imposé par les circonstances et à condition que l'employé en ait informé l'employeur avant l'exécution.*

*Le travail supplémentaire est en principe compensé par un congé compensatoire de même durée et ne donne lieu à aucune indemnité pour travail supplémentaire.*

*Si le congé compensatoire ne peut pas être accordé, les heures supplémentaires sont payées avec un supplément de 25%.*

*Le salaire horaire s'obtient en divisant le salaire mensuel par le nombre d'heures hebdomadaires multipliées par 4,33.*

*L'horaire de travail est fixé par l'employeur avec l'employé."*

---

d) A la suite de l'engagement de F.\_\_\_\_\_ comme directeur administratif de A.\_\_\_\_\_ SA, en mai 2001, B.\_\_\_\_\_ est devenu directeur marketing de A.\_\_\_\_\_ SA, avec effet au 1er août 2001 et en vertu d'un simple avenant au contrat de travail, daté du 11 juillet 2001. Le salaire mensuel brut a été fixé avec effet rétroactif au 1er janvier 2001 à 9'500 fr., auquel s'ajoutaient une indemnité mensuelle forfaitaire de 300 fr. pour les frais, une commission de 1,5% sur les ventes dépassant 2'500'000 fr. et une participation de 10% sur le montant positif dépassant le résultat net budgété de l'entreprise. Par ailleurs, trois objectifs à atteindre par l'employé devaient être fixés par l'employeur, chaque objectif entièrement atteint donnant droit au versement d'un bonus de 2'500 fr.

Ultérieurement, par un autre avenant non daté, le salaire mensuel brut d'B.\_\_\_\_\_ a été fixé avec effet rétroactif au 1er janvier 2003 à 10'000 fr., auquel s'ajoutaient une indemnité mensuelle forfaitaire de 300 fr. pour les frais, une commission de 1,5% à 40% du chiffre d'affaires annuel brut atteint (à l'exclusion du chiffre d'affaires "*Barters*" réalisé par les C.\_\_\_\_\_), une prime sur l'objectif chiffre d'affaires et une prime sur l'objectif résultat brut.

En dernier lieu, en décembre 2008, le salaire mensuel brut de base d'B.\_\_\_\_\_ s'élevait à 10'515 fr. par mois.

e) Un certificat intermédiaire de travail a été établi le 31 décembre 2006 en faveur de B.\_\_\_\_\_ par E.\_\_\_\_\_, alors président du conseil d'administration. Il y est notamment indiqué que B.\_\_\_\_\_, "*doué d'un sens aigu des responsabilités, remplit sa fonction avec une grande compétence, ne ménageant jamais son temps en faveur de l'entreprise, ni son engagement constant pour en améliorer les résultats*".

f) Par courrier du 27 novembre 2008, B.\_\_\_\_\_ a résilié son contrat de travail pour le 28 février 2009, sans aborder la question d'éventuelles heures supplémentaires encore à payer.

g) Par courrier du 13 décembre 2009 adressé à G.\_\_\_\_\_, alors président du conseil d'administration de A.\_\_\_\_\_ SA, B.\_\_\_\_\_ a réclamé le paiement, par A.\_\_\_\_\_ SA, de la part variable de son salaire pour les mois de janvier et février 2009. Il a par ailleurs indiqué : "*Je m'étonne également que vous n'ayez pas mis à profit le temps écoulé pour formuler une proposition pour les heures supplémentaires effectuées pour amener l'entreprise à son niveau actuel, heures dont vous êtes d'ailleurs informé et avez été témoin*".

h) Par courrier de son conseil du 21 mai 2010, B.\_\_\_\_\_ a indiqué avoir effectué 2'622 heures supplémentaires entre janvier 2004 et décembre 2008 et pouvoir prétendre au paiement de l'intégralité de ces heures.

---

i) Par courrier du 14 juin 2010, A. \_\_\_\_\_ SA a refusé de payer pour les 2'622 heures supplémentaires alléguées. Elle a mis en doute leur fourniture et estimé, subsidiairement, qu'elles avaient été fournies spontanément, à l'initiative de B. \_\_\_\_\_ et à l'insu d'A. \_\_\_\_\_ SA, sans justification par des circonstances exceptionnelles, dans l'intérêt d'A. \_\_\_\_\_ SA.

j) Le 25 octobre 2010, B. \_\_\_\_\_ a requis une poursuite à l'encontre d'A. \_\_\_\_\_ SA, pour un montant de 200'000 fr., à titre de rétribution d'heures supplémentaires. Le commandement de payer établi par l'office des poursuites a été frappé d'opposition, le 16 novembre 2010.

**B.** a) Par demande déposée en vue de conciliation le 1<sup>er</sup> novembre 2012, B. \_\_\_\_\_ a assigné A. \_\_\_\_\_ SA en paiement de 200'000 fr. brut, plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 16 novembre 2010, à titre d'heures supplémentaires, ainsi qu'à la condamnation d'A. \_\_\_\_\_ SA en tous les frais et dépens.

A l'appui de ses conclusions, il a en substance indiqué que, de manière générale, il travaillait du lundi au vendredi, de 9h à 18h30, mais souvent jusqu'à 19h30 voire 20h30, en prenant une pause d'environ une heure à midi. Il lui était très souvent arrivé de travailler au-delà de cet horaire, à savoir le soir et le week-end.

Pour calculer les heures supplémentaires, il avait décidé de prendre en considération le dernier e-mail expédié à l'attention de tiers durant la journée de travail ; il avait débuté ce décompte à 19h, afin de tenir compte d'un rapide repas. S'agissant des week-ends, il avait compté ses heures supplémentaires depuis 14h uniquement, bien qu'il lui soit aussi arrivé de travailler le matin. Enfin, il avait arrondi les heures supplémentaires comptabilisées par tranche d'un quart d'heure et n'avait pas tenu compte de ces dernières lorsqu'elles ne dépassaient pas une unité.

En application de cette méthode de calcul, il avait effectué 703 heures supplémentaires en 2008, 480,15 heures en 2007, 533,30heures en 2006, 480,15 heures en 2005 et 497 heures en 2004, soit au total 2'694 heures.

Ce travail supplémentaire était connu de son employeur, lequel non seulement avait reconnu à plusieurs reprises que son activité impliquait un énorme investissement en temps, mais surtout ne pouvait ignorer qu'il s'était vu contraint de travailler au-delà de l'horaire convenu.

Son salaire horaire étant de 60 fr. 71 [10'515 fr. / (40 heures x 4,33)], il estimait pouvoir prétendre à une rémunération de 204'440 fr. 92 pour les 2'694 heures supplémentaires accomplies (2'694 heures x 60 fr. 71 x 1,25).

b) A. \_\_\_\_\_ SA a conclu principalement au déboutement de B. \_\_\_\_\_ et subsidiairement à la constatation de la prescription de la créance en paiement des

---

heures supplémentaires antérieures au mois d'octobre 2005, ainsi qu'à la condamnation de B.\_\_\_\_\_ en tous les frais d'instance.

Elle a contesté l'existence même d'heures supplémentaires travaillées par B.\_\_\_\_\_, a considéré que la fonction dirigeante de celui-ci excluait la rémunération d'un tel surplus de travail, a contesté avoir demandé à B.\_\_\_\_\_ d'accomplir des heures supplémentaires et a prétendu avoir ignoré que celui-ci en fournissait, a considéré la demande comme abusive puisque B.\_\_\_\_\_ n'avait jamais annoncé son surplus de travail avant la fin du contrat et, subsidiairement, elle a invoqué la prescription de la créance litigieuse pour les mois de janvier 2004 à septembre 2005, compte tenu du dépôt d'une réquisition de poursuite en date du 25 octobre 2010.

- C. a) Des pièces ont été produites, dont de nombreux e-mails professionnels envoyés par B.\_\_\_\_\_ à des heures tardives, voire au milieu de la nuit, et les parties et de nombreux témoins ont été entendus – étant précisé que lors de son audition, A.\_\_\_\_\_ SA a simplement renvoyé à son écriture de réponse.

aa) B.\_\_\_\_\_ a indiqué qu'à la réception de son contrat en 1998, il avait constaté que les heures supplémentaires devaient être annoncées et avait demandé à D.\_\_\_\_\_, alors président du conseil d'administration, comment il devait procéder. Ce dernier lui avait répondu qu'il ne souhaitait pas qu'il l'appelle à 20h pour lui annoncer des heures supplémentaires, qu'il était directeur et seul juge des heures à faire. D.\_\_\_\_\_ ne lui avait rien précisé concernant une procédure d'annonce.

Pendant la durée contractuelle, B.\_\_\_\_\_ restait au bureau, le soir, tant qu'il y avait du travail à effectuer. Il organisait son temps comme il le souhaitait mais la charge de travail était forte. Il ne pouvait pas déléguer la majeure partie de son travail car, d'une part, elle faisait partie de son cahier des charges et, d'autre part, certaines tâches étaient en langues étrangères (italien, allemand, anglais et suisse-allemand) qu'il était le seul à maîtriser.

Selon B.\_\_\_\_\_, le conseil d'administration était au courant de ses heures supplémentaires. A une reprise, H.\_\_\_\_\_, alors administrateur d'A.\_\_\_\_\_ SA, lui avait fait une remarque à propos d'un e-mail qu'il avait expédié à 2h du matin. E.\_\_\_\_\_ lui avait fait remarquer qu'il préférait le savoir dans un cabaret à cette heure tardive plutôt qu'au bureau. Lors de ses rapports au conseil d'administration, il n'avait pas fait état d'une charge de travail particulière, ni fait de provision pour paiement d'heures supplémentaires car il ne se préoccupait pas de ses heures. Ce n'était que lorsque son successeur avait été engagé avec un salaire annuel supérieur de 40'000 fr. au sien qu'il avait commencé à se rendre compte qu'il y avait un déséquilibre entre sa rémunération et son travail.

---

**bb)** Le témoin I.\_\_\_\_\_, directeur général des C.\_\_\_\_\_ de 1998 à juillet 2004 et administrateur d'A.\_\_\_\_\_ SA jusqu'en juin 2006, a indiqué avoir participé à la rédaction de l'annonce pour le recrutement du directeur général d'A.\_\_\_\_\_ SA. La mise en place d'une telle société nécessitait un important investissement personnel de la part de son directeur, raison pour laquelle les auteurs de l'annonce d'offre d'emploi avaient mentionné qu'il fallait une personne très disponible. Selon I.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_ travaillait du matin au soir et souvent la soirée, mais il ignorait ses horaires exacts.

**cc)** Le témoin G.\_\_\_\_\_, ancien président du conseil d'administration de A.\_\_\_\_\_ SA de 2007 à 2012, a indiqué avoir imaginé que B.\_\_\_\_\_ effectuait de nombreuses heures, mais il ne connaissait pas les horaires de B.\_\_\_\_\_, n'avait pas à le surveiller et lui faisait confiance. Il n'y avait pas à proprement parler de "politique" des heures supplémentaires chez A.\_\_\_\_\_ SA. G.\_\_\_\_\_ savait que les gens travaillaient beaucoup mais personne n'avait jamais fait valoir des heures supplémentaires.

**dd)** Le témoin E.\_\_\_\_\_, administrateur d'A.\_\_\_\_\_ SA depuis sa création en 1998 jusqu'à fin 2007, a indiqué que B.\_\_\_\_\_ avait été engagé sur la base d'un cahier des charges et que le salaire convenu correspondait à la rémunération des activités comprises dans ce cahier. B.\_\_\_\_\_ avait des horaires très irréguliers, notamment lorsqu'il devait se rendre à Zurich ou à des manifestations pour représenter ou vendre A.\_\_\_\_\_ SA. Son activité était intense. Il avait des horaires "improbables" et le témoin n'était pas étonné qu'il ait envoyé des e-mails la nuit ou le dimanche par exemple. E.\_\_\_\_\_ a précisé que la direction avait la plus grande liberté concernant l'organisation de son temps de travail pour atteindre ses objectifs. La problématique ne montait pas au conseil d'administration. Elle était du ressort de la direction. B.\_\_\_\_\_ n'avait jamais évoqué sa rémunération pour des heures supplémentaires. Selon le témoin, cela relevait de sa responsabilité. Il appartenait à la direction, soit à B.\_\_\_\_\_ lui-même, de se payer le cas échéant.

**ee)** Le témoin J.\_\_\_\_\_, consultant en publicité ayant participé au recrutement de B.\_\_\_\_\_ et ayant accompagné celui-ci durant les premières années de son activité auprès d'A.\_\_\_\_\_ SA, a indiqué qu'à son sens, lorsque les auteurs de l'annonce d'offre d'emploi – dont lui-même - avaient parlé de grande disponibilité, il s'agissait néanmoins d'horaires raisonnables, peut-être dix heures ou plus lorsqu'il y avait nécessité et six heures ou moins, un autre jour. Le témoin a confirmé que B.\_\_\_\_\_ travaillait le soir, voire la nuit, lorsque c'était nécessaire et lorsqu'il s'agissait notamment de faire des contrôles de mise en place de publicité à l'intérieur ou à l'extérieur s'agissant du matériel roulant. B.\_\_\_\_\_ avait dû effectuer ce genre d'activité en tout cas une fois par mois, peut-être plus. Le témoin ignorait si B.\_\_\_\_\_ avait compensé ses heures. J.\_\_\_\_\_ avait rendu

---

visite à B.\_\_\_\_\_ lorsque celui-ci avait été hospitalisé en 2001, mais il n'avait pas fait de rapport au conseil d'administration concernant la fatigue de B.\_\_\_\_\_.

Le témoin a confirmé être l'auteur d'un document produit par B.\_\_\_\_\_ qui reflétait la situation en 2001 et que le témoin avait adressé, selon ses souvenirs, à I.\_\_\_\_\_ et à un autre administrateur de A.\_\_\_\_\_ SA à cette époque, K.\_\_\_\_\_. Ledit document comportait notamment le passage suivant : *"La surcharge permanente de B.\_\_\_\_\_ nuit à l'accomplissement de ses responsabilités"*.

**ff)** Le témoin L.\_\_\_\_\_, qui travaillait sous mandat pour A.\_\_\_\_\_ SA, avait travaillé en étroite collaboration avec B.\_\_\_\_\_ pendant une dizaine d'années. Le témoin et B.\_\_\_\_\_ travaillaient beaucoup, souvent le soir, le samedi et même parfois le dimanche. Vu que le matériel roulant n'était pas disponible la journée, ils ne pouvaient faire des essais que pendant la nuit. Depuis 2005, la charge de travail était moindre mais il leur arrivait néanmoins régulièrement de travailler le soir ou la nuit, souvent jusqu'à 2h du matin ou plus tard, car lui-même était alors plus disponible. Lorsqu'ils travaillaient sur le matériel roulant, B.\_\_\_\_\_ passait régulièrement inspecter le travail, soit une à deux fois par soirée.

**gg)** Le témoin M.\_\_\_\_\_, collaboratrice de A.\_\_\_\_\_ SA depuis 1998, a indiqué avoir été engagée par B.\_\_\_\_\_ comme responsable des réservations. Lorsqu'elle arrivait le matin à 8h, le demandeur était présent, tout comme lorsqu'elle quittait son travail à 17h30. En fonction de sa charge de travail et notamment des repas avec les clients, la pause de midi de B.\_\_\_\_\_ variait entre 11h30 et 14h30. B.\_\_\_\_\_ faisait le contrôle des placements en publicité, la nuit, une à deux fois par trimestre avec toute l'équipe. Le témoin savait que B.\_\_\_\_\_ travaillait deux nuits chaque semaine, car le lendemain il leur faisait un rapport sur ses activités. Parfois B.\_\_\_\_\_ arrivait plus tard le matin, mais M.\_\_\_\_\_ ignorait alors s'il compensait des heures ou s'il s'était rendu chez des clients. A quelques reprises, B.\_\_\_\_\_ leur avait dit qu'il compensait des heures.

**hh)** Le témoin N.\_\_\_\_\_, employée d'A.\_\_\_\_\_ SA depuis 2000, a indiqué avoir été engagée par B.\_\_\_\_\_ pour le service commercial. Elle travaillait jusqu'à 20h-20h30 une fois par semaine en général. Lorsqu'elle partait, B.\_\_\_\_\_ était encore présent. Le matin, ce dernier arrivait aux alentours de 8h, parfois plus tôt, parfois bien plus tard. Pour le témoin, s'il était absent, c'était parce qu'il était en rendez-vous. Ils étaient très peu de personnel et B.\_\_\_\_\_ participait à toutes les activités. Au fur et à mesure qu'elle apprenait son métier, B.\_\_\_\_\_ avait pu lui déléguer des tâches. Jusqu'au départ de B.\_\_\_\_\_, ils avaient travaillé en mode "création d'entreprise". Ce n'était qu'après qu'ils avaient plus de personnel.

**ii)** Le témoin F.\_\_\_\_\_, directeur administratif de A.\_\_\_\_\_ SA de mai 2001 à mai 2008, avait parfois constaté la présence de B.\_\_\_\_\_, le soir. Ce dernier lui avait aussi indiqué travailler le week-end et la nuit, mais lui-même n'était alors pas

---

présent. Selon F.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_ arrivait en général en fin de matinée. Durant ses sept ans d'activité, F.\_\_\_\_\_ n'avait payé aucune heure supplémentaire. Il y avait un horaire théorique chez A.\_\_\_\_\_ SA, mais il y avait beaucoup de flexibilité lorsque c'était nécessaire. Le témoin estimait qu'un cadre pouvait être appelé à dépasser l'horaire normal sans pour autant avoir droit à une compensation ou à une rémunération. Par ailleurs, on pouvait considérer que d'une manière informelle, B.\_\_\_\_\_ validait les comptes et le rapport annuel d'A.\_\_\_\_\_ SA puisqu'il les présentait avec lui au conseil d'administration.

**jj)** Le témoin O.\_\_\_\_\_, employé d'A.\_\_\_\_\_ SA depuis le 1er janvier 2003, a indiqué que l'horaire de B.\_\_\_\_\_ était variable. Notamment, lorsque B.\_\_\_\_\_ travaillait tard le soir, il venait plus tard le lendemain matin sauf s'il avait des obligations, notamment s'il devait se rendre auprès de clients. B.\_\_\_\_\_ réalisait toutefois beaucoup d'heures. Selon le témoin, B.\_\_\_\_\_ travaillait un peu plus d'une nuit par semaine et il lui arrivait également de travailler le week-end. Il n'y avait pas de politique des heures supplémentaires. Si on en réalisait, on les compensait partiellement et dans la mesure du possible le lendemain matin. Le pont de fin d'année servait également à compenser d'éventuelles heures supplémentaires. Une à deux fois par semaine, le témoin et B.\_\_\_\_\_ assistaient à des événements en début de soirée, soit de 18h à 20h, voire 21h ou 22h s'il y avait un repas.

- D.** Par jugement du 10 avril 2014, expédié aux parties le même jour et reçu par A.\_\_\_\_\_ SA au plus tôt le lendemain, le Tribunal des Prud'hommes a condamné A.\_\_\_\_\_ SA à payer à B.\_\_\_\_\_ la somme brute de 114'305 fr. 40, plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 16 novembre 2010 (ch. 2), invité la partie qui en avait la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles (ch. 3) et débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 4). Statuant sur les frais, il a arrêté les frais de la procédure à 2'000 fr. (ch. 5), les a mis à la charge de A.\_\_\_\_\_ SA (ch. 6), condamné A.\_\_\_\_\_ SA à rembourser à B.\_\_\_\_\_ l'avance de frais de 2'000 fr. (ch. 7) et débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 8).

En substance, le Tribunal des Prud'hommes a considéré qu'B.\_\_\_\_\_, ancien cadre de A.\_\_\_\_\_ SA, avait droit à la rémunération des heures de travail supplémentaires qu'il avait effectivement fournies, parce que son contrat de travail prévoyait expressément une certaine durée de travail hebdomadaire et, en cas d'heures supplémentaires non compensées en nature, le paiement d'un supplément de salaire. Le Tribunal des Prud'hommes a également estimé qu'A.\_\_\_\_\_ SA savait ou devait savoir qu'B.\_\_\_\_\_ avait fourni des heures supplémentaires et que celui-ci n'avait pas perdu toutes ses prétentions salariales supplémentaires, pour ne pas avoir exigé plus tôt le paiement de ses heures supplémentaires. Il a tenu compte de la prescription des prétentions salariales pour les mois de janvier 2004 à septembre 2005, puis a calculé pour les mois restants une créance totale d'une somme brute de 114'305 fr. 40, en retenant deux heures supplémentaires par jour

---

ouvrable (soit moins que le nombre allégués par B. \_\_\_\_\_ pour la période visée par sa demande, en tenant compte des témoignages en faveur d'une compensation partielle des heures supplémentaires par des arrivées plus tardives le matin) ainsi qu'un salaire horaire de base de 60 fr. 71 (10'515 fr. : 40 heures x 4,33), correspondant à un salaire horaire majoré, selon les dispositions contractuelles, de 75 fr. 90 (60 fr. 71 x 4,33) par heure supplémentaire.

- E. a) Par acte expédié au greffe de la Cour le 26 mai 2014, A. \_\_\_\_\_ SA appelle de ce jugement, sollicitant l'annulation des chiffres 2 et 3 de son dispositif et, implicitement, l'annulation des chiffres 5 à 8 de son dispositif, le déboutement de B. \_\_\_\_\_ de ses conclusions et la condamnation de celui-ci au frais judiciaires des deux instances de la procédure.

Elle conteste la fixation contractuelle d'une durée hebdomadaire du travail et considère que B. \_\_\_\_\_ n'avait de toute façon pas droit à une rémunération supplémentaire pour ne pas avoir annoncé immédiatement les prétendues heures supplémentaires, pour avoir été cadre de l'entreprise et, enfin, en raison d'une péremption de son droit éventuel, pour n'avoir rien réclamé immédiatement à la fin des rapports de service.

- b) B. \_\_\_\_\_ conclut au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement entrepris, avec suite de frais et de dépens.

Il reprend, en substance, l'argumentation du Tribunal.

- c) Aux termes de leurs réplique et duplique, les parties persistent dans leurs conclusions respectives.

### **EN DROIT**

1. 1.1 L'appel est recevable contre les décisions finales et incidentes de première instance lorsque, dans les affaires patrimoniales, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 CPC).

Il peut être formé pour violation du droit et constatation inexacte des faits (art. 310 CPC).

Ecrit et motivé, l'appel doit être introduit auprès de l'instance d'appel dans les 30 jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC). La notification intervient au moment de la remise de l'envoi recommandé au destinataire (art. 138 al. 1 et 2 CPC), le délai d'appel déclenché par la notification commence à courir dès le lendemain de celle-ci (art. 142 al. 1 CPC).

En matière de contrats de travail, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice est l'instance d'appel compétente à Genève, pour connaître d'un appel

---

dirigé contre un jugement du Tribunal des prud'hommes (art. 124 let. a LOJ, E 2 05).

**1.2** En l'espèce, la voie de l'appel est ouverte parce que la valeur litigieuse au dernier état des conclusions, soit en fin de première instance, était supérieure à 10'000 fr.

Introduit selon la forme prescrite par la loi et en temps utile auprès de l'instance compétente, l'appel est recevable.

2. La Cour dispose d'un plein pouvoir de cognition (art. 310 CPC).
3. A juste titre, les parties ne contestent pas la compétence des juridictions prud'homales genevoises pour trancher le présent litige, opposant un ancien employé actuellement domicilié en Argentine à un ancien employeur sis à Genève, en raison du fait que l'ex-employé a fourni ses services à Genève, en exécution d'un contrat de travail liant les parties (art. 115 al. 1 LDIP, art. 1 al. 1 let. a LTPH, E 3 10).
4. L'appelante conteste la fixation contractuelle d'une durée hebdomadaire qui permettrait de qualifier comme supplémentaires certaines heures travaillées par l'intimé.

**4.1** Par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (art. 319 al. 1 CO).

Lorsque le salaire est fixé d'après le temps et que 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 (art. 321c al. 1 CO).

Sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective, 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 (art. 321c al. 3 CO). Les heures supplémentaires au sens de cette disposition correspondent aux heures de travail effectuées au-delà de l'horaire contractuel (arrêt du Tribunal fédéral 4C.47/2007 du 8 mai 2007 consid. 3.1).

**4.2** Concernant le temps de travail, le contrat peut ménager à l'employeur une certaine marge de manœuvre, par exemple en prévoyant un temps de travail hebdomadaire compris entre 40 et 45 heures (PORTMANN, in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 2011, n° 20 ad art. 321c CO) ou une durée moyenne de la

---

semaine de travail de 41 heures (cf. arrêt du Tribunal fédéral 4C.141/2006 du 24 août 2006; cf. également l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_35/2013 du 15 mars 2013 consid. 2 et 3 concernant une convention collective).

**4.3** En l'espèce, les relations entre les parties ne sont soumises à aucun contrat-type de travail, ni à aucune convention collective.

Selon le contrat de travail liant les parties tant avant qu'après le 1er août 2001, la durée hebdomadaire du travail était de "*40 heures en moyenne, réparties sur cinq jours*". Il était précisé que l'intimé pouvait être amené à effectuer du travail supplémentaire, et un mécanisme d'indemnisation des heures supplémentaires non compensées par des congés était prévu.

Par conséquent, la durée du travail a été fixée contractuellement et l'éventualité d'heures supplémentaires a même été expressément envisagée, de même que leur compensation organisée. Il s'ensuit que la fourniture d'heures supplémentaires était possible selon le contrat liant les parties.

**5.** L'appelante conteste la fourniture effective d'heures supplémentaires, par l'intimé.

**5.1** L'employé qui réclame la rémunération d'heures supplémentaires supporte le fardeau de la preuve de l'existence de celles-ci, en vertu de l'art. 8 CC (arrêts du Tribunal fédéral 4C.92/2004 du 13 août 2004 consid. 3.2 et 4P.96/2003 du 30 juillet 2003 consid. 2.3.1). Toutefois, la jurisprudence admet une preuve facilitée tant de l'existence même de ces heures supplémentaires que de leur ampleur, en application analogique de l'art. 42 al. 2 CO (arrêt du Tribunal fédéral 4C.307/2006 du 25 mars 2007 consid. 3.2 avec références).

L'application analogique de l'art. 42 al. 2 CC entre en considération lorsque tous les indices fournis par le dossier permettent, en considération du cours ordinaire des choses, de conclure avec une certaine force à l'existence d'heures supplémentaires (arrêt précité consid. 3.2 : "*... dass die Leistung solcher Mehrstunden ... als annähernd sicher erscheint*").

Bien entendu, cette preuve facilitée ne renverse pas complètement le fardeau de la preuve. L'employé doit donc établir, dans la mesure possible et raisonnable exigible, toutes les circonstances qui permettent de conclure à l'existence d'heures supplémentaires et d'en apprécier l'ampleur (arrêt précité consid. 3.2).

**5.2** En l'espèce, l'intimé a établi par des témoignages et de nombreuses pièces qu'il ne ménageait jamais son temps en faveur de l'entreprise, qu'il travaillait beaucoup, qu'il souffrait, au moins en 2001, d'une surcharge de travail permanente, et qu'il n'arrivait pas toujours à compenser, par des arrivées plus tardives le matin, ses nombreuses heures de travail fournies durant les soirées, voire durant la nuit, ainsi que durant certains week-ends.

Il n'a pas pu fournir plus de preuves précises en l'absence d'un système d'enregistrement des heures de travail du personnel de l'entreprise.

Dans ces circonstances, la Chambre de céans déduit des indices disponibles, en considération du cours ordinaire des choses, que l'intimé a effectivement travaillé plus de 40 heures hebdomadaires en moyenne, pendant ses années de travail auprès de l'appelante.

6. L'appelante conteste devoir rémunérer les heures supplémentaires fournies par l'intimé en raison de la fonction dirigeante occupée par celui-ci au sein de l'entreprise.

**6.1** Conformément à leur degré de responsabilité et d'indépendance, les cadres supérieurs peuvent aménager leur temps de travail relativement librement, et leur rémunération est déterminée bien plus par l'ampleur et le poids de leurs tâches que par la durée hebdomadaire de leur prestation de travail. Sous réserve de quelques cas spécifiques (tâches excédant leur cahier des charges, nombreuses heures supplémentaires fournies par l'ensemble du personnel durant une période limitée), ils ne peuvent donc fournir des heures supplémentaires que lorsque leur contrat de travail fixe leur temps de travail au lieu d'être muet à cet égard. Inversement, si leur temps de travail a été déterminé contractuellement, l'art. 321c CO s'applique aussi aux cadres supérieurs et leur permet d'exiger une indemnisation de leurs heures de travail effectuées au-delà de l'horaire contractuel (ATF 129 III 171 = JdT 2003 I 241 consid. 2.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_172/2012, 4A\_174/2012 du 22 août 2012 consid. 4.3.2).

**6.2** L'appelante, qui est une société anonyme, a employé l'intimé à partir du 1er juin 1998 comme directeur d'une petite entreprise de publicité comprenant plusieurs collaborateurs. Puis, à partir du 1er août 2001, elle l'a employé en qualité de directeur marketing de cette entreprise, sous le régime du contrat de travail initial complété par un simple avenant concernant le changement de fonction de l'intimé.

Comme indiqué ci-dessus sous ch. 4, la durée du travail a été fixée contractuellement entre les parties, et l'éventualité d'heures supplémentaires a même été expressément envisagée, de même que leur mode de compensation.

Il s'ensuit que malgré sa position de cadre supérieur dans la petite entreprise, l'intimé pouvait exiger une indemnisation de ses heures de travail effectuées au-delà de son horaire contractuel de 40 heures par semaine en moyenne, en l'absence d'une compensation de ces heures supplémentaires par des heures de congé.

7. L'appelante conteste devoir rémunérer les heures supplémentaires fournies par l'intimé parce que celui-ci ne les lui a pas annoncées immédiatement après leur fourniture, voire même d'avance, comme prévu par le contrat.

**7.1** Le paiement du salaire est la prestation principale de l'employeur, et un salaire horaire doit être déterminé sur la base du temps employé à travailler. C'est pourquoi la péremption de la prétention salariale doit dépendre de conditions strictes : l'employé ne perd pas automatiquement son droit à une rémunération supplémentaire s'il tarde à annoncer ses heures supplémentaires. Dans le cas d'un salaire horaire, on ne peut pas facilement présumer que l'employé renonce à une rémunération supplémentaire s'il fournit des heures supplémentaires non compensées par des congés (ATF 129 III 171 = JdT 2003 I 241 consid. 2.3).

L'annonce d'heures supplémentaires, par l'employé à l'employeur, doit certes permettre à ce dernier de prendre des mesures organisationnelles pour empêcher un travail supplémentaire à l'avenir ou, au contraire, de l'approuver. Toutefois, l'employé qui n'annonce rien et encaisse sans protester son salaire non augmenté ne perd son droit à une rémunération supplémentaire que si l'employeur ignorait les heures supplémentaires et ne devait pas non plus les connaître, compte tenu des circonstances (ATF précité consid. 2.3).

L'indemnisation des heures supplémentaires ne dépend d'ailleurs pas de la question de savoir si l'employeur a les exigés ou si l'employé en a pris l'initiative; leur caractère objectivement nécessaire pour l'employeur est seul déterminant pour leur rémunération (ATF 129 III 171 = JdT 2003 I 241 consid. 2.2).

Ainsi, lorsque l'employeur connaissait ou aurait dû connaître, compte tenu des circonstances, les heures supplémentaires travaillées par son employé (ATF précité consid. 2.3), l'employé peut faire valoir sa prétention salariale supplémentaire même après la résiliation des rapports de travail, sous réserve d'une exception de prescription invoquée avec succès par l'employeur (AUBERT, in Commentaire romand, Code des obligations I, 2012, n° 21 ad art. 321c CO).

Ces principes doivent également s'appliquer lorsque le contrat prévoit une annonce préalable des heures supplémentaires, puisque le devoir d'annonce est censé permettre à l'employeur de prévenir les heures supplémentaires par des mesures organisationnelles ou, à défaut de réorganisation et lorsqu'il estime les heures supplémentaires nécessaires, de les approuver et de les rémunérer. Le devoir d'annonce ne doit en aucun cas servir à libérer l'employeur de son obligation de rémunérer le travail supplémentaire qu'il connaît ou aurait dû connaître, et qu'il a implicitement accepté, respectivement jamais refusé.

Ceci vaut d'ailleurs d'autant plus lorsque l'annonce préalable prévue par le contrat se heurte à la difficulté de déterminer à partir de quand la durée hebdomadaire du travail est dépassée, parce qu'il s'agit d'une durée moyenne à réaliser dans un laps de temps non déterminé contractuellement, alors que le salaire est payable mensuellement et que la prétention salariale se prescrit, en principe, à partir de la

fin de chaque mois durant laquelle les heures supplémentaires ont été effectuées (cf. infra ch. 7).

**7.2** En l'espèce, la société anonyme appelante avait recherché d'emblée une personne "*très disponible*" pour le poste de l'intimé.

Après l'engagement de celui-ci, les supérieurs de l'intimé, soit les administrateurs de l'appelante, ont appris – notamment en raison de la réception de courriels envoyés par l'intimé à toute heure du jour et de la nuit - que l'intimé travaillait beaucoup. Ils savaient également que tous les employés travaillaient beaucoup au sein de cette petite entreprise. A la réception d'un document rédigé par un tiers en 2001, ils ont appris que l'intimé souffrait d'une surcharge de travail permanente, nuisible à l'accomplissement de ses fonctions. A fin 2006, l'appelante, soit l'un de ses administrateurs qui avait exercé sa fonction dès l'engagement de l'intimé, a rédigé en faveur de celui-ci un certificat de travail intermédiaire indiquant que l'intimé, doué d'un sens aigu des responsabilités, ne ménageait jamais son temps en faveur de l'entreprise.

La Chambre de céans déduit de l'ensemble de ces circonstances que l'appelante ne pouvait pas ignorer, si elle ne le savait pas de façon certaine, que l'intimé travaillait durablement, donc même en moyenne, plus que de 40 heures par semaine au bénéfice de l'entreprise, et qu'il ne compensait pas entièrement son surplus de travail par des congés.

L'appelante s'en est accommodée sans chercher à déterminer l'ampleur du surplus de travail fourni et sa compensation par des congés, pour rémunérer le travail supplémentaire non compensé conformément au contrat ou, à défaut de le rémunérer, pour mettre fin à ces heures supplémentaires par des mesures organisationnelles.

Dans ces conditions, la retenue de l'intimé, qui n'a pas réclamé son dû avant la résiliation de son contrat de travail, ne lui a pas fait perdre sa prétention salariale, ceci d'autant moins que l'annonce préalable d'heures supplémentaires, inadéquate d'emblée au vu de la fonction occupée, était rendu difficile par le fait que son temps de travail hebdomadaire correspondait à une valeur moyenne, sans indication du laps de temps durant lequel la moyenne était à réaliser.

- 8.** L'appelante conteste en outre devoir rémunérer les heures supplémentaires fournies par l'intimé parce que celui-ci n'a pas réclamé leur paiement immédiatement à la fin des rapports de service.

**8.1** La fin des rapports de service n'emportant aucune péremption des prétentions salariales, l'employeur peut seulement opposer l'exception de prescription après l'écoulement du délai de cinq ans prévu par l'art. 128 ch. 3 CO, (AUBERT, loc. cit.).

Ce délai de cinq ans court dès l'exigibilité de la créance (art. 130 al. 1 CO), soit, en principe, dès la fin de chaque mois durant lequel les heures supplémentaires sont exécutées (cf. art. 323 al. 1 CO).

Par ailleurs, la prescription est interrompue lorsque le créancier fait valoir ses droits par une poursuite pour dettes (art. 135 ch. 2 CO). Un nouveau délai de prescription, identique au précédent, commence alors à courir dès l'interruption (art. 137 al. 1 CO).

**8.2** En l'espèce, l'intimé fait valoir des prétentions salariales supplémentaires pour les années 2004 à 2008, au moyen de la présente action déposée en vue de conciliation le 1<sup>er</sup> novembre 2012.

A fin 2009, celles pour l'année 2004 étaient toutes prescrites, et à fin septembre 2010, celles de janvier à septembre 2005 étaient également prescrites.

En revanche, pour les prétentions nées à partir d'octobre 2005, un nouveau délai de cinq ans a commencé à courir en raison de l'interruption de la prescription, par la réquisition de poursuite du 25 octobre 2010. Elles n'étaient ainsi pas encore prescrites au moment du dépôt de la présente action en vue de conciliation.

C'est donc à juste titre que le Tribunal a considéré comme prescrites les prétentions salariales supplémentaires pour les mois de janvier 2004 à septembre 2005, exclusivement.

- 9.** En l'absence d'un système d'enregistrement systématique des heures travaillées, au sein de l'entreprise, l'ampleur des autres prétentions salariales supplémentaires de l'intimé doit être estimée en application analogique de l'art. 42 al. 2 CO, conformément à la jurisprudence (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_611/2012 du 19 février 2013 consid. 2.2, avec références).

Sur la base des pièces produites, à savoir notamment sur la base des courriels envoyés à des heures tardives et durant les week-ends, ainsi que sur la base des nombreux témoignages, la Cour, comme le Tribunal, considère comme établie la fourniture de deux heures supplémentaires par jour ouvrable, après compensation de certaines heures supplémentaires par des arrivées matinales plus tardives.

En retenant pour le surplus les mêmes éléments de calcul que le Tribunal, la Cour calcule également une créance totale d'une somme brute de 114'305 fr. 40, ainsi que des intérêts moratoires au taux de 5 % l'an dès le 16 novembre 2010, date de l'opposition formée, par l'appelante, au commandement de payer qui lui a été notifié à la requête de l'intimé (art. 102 al. 1, art. 104 al. 1 CO). L'ampleur de la créance totale, ainsi que les intérêts moratoires en question, ne sont d'ailleurs plus contestés en appel.

C'est donc à juste titre que le Tribunal a condamné l'appelante à payer à l'intimé la somme brute de 114'305 fr. 40, plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 16 novembre 2010.

- 10.** Les frais judiciaires de première instance ont été arrêtés à juste titre à 2'000 fr., compte tenu de la valeur litigieuse (art. 105 al. 2 CPC, art. 19 al. 3 let. c, art. 19 al. 6 LaCC, art. 69 RTFMC).

En revanche, il n'est pas alloué de dépens ni d'indemnité pour la représentation en justice, le législateur genevois, compétent pour en fixer le tarif (art. 96 CPC), ayant prévu la gratuité dans les causes soumises à la Juridiction des prud'hommes, sans distinction entre la première et la deuxième instance (art. 22 al. 2 LaCC).

Le jugement entrepris est donc confirmé.

- 11.** L'appelante, qui succombe, supportera l'émolument de décision (art. 106, 96 CPC, 19 al. 3 let. c, art. 15 al. 6 LaCC, art. 71 RTFMC), arrêté à 1'500 fr., entièrement couvert par l'avance de frais déjà effectuée.

En revanche, il n'est pas alloué de dépens ni d'indemnité pour la représentation en justice, en deuxième instance (art. 96 CPC, art. 22 al. 2 LaCC).

\* \* \* \* \*

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

**A la forme :**

Déclare recevable l'appel interjeté par A. \_\_\_\_\_ SA contre les chiffres 2 et 3 et 5 à 8 du dispositif du jugement JTPH/14/20134 rendu le 10 avril 2014 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/22565/2012-5.

**Au fond :**

Confirme les chiffres 2 et 3 et 5 à 8 du dispositif de ce jugement.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

**Sur les frais :**

Arrête les frais judiciaires d'appel à 1'500 fr.

Met les frais judiciaires d'appel à la charge d'A. \_\_\_\_\_ SA.

Dit que ces frais d'appel sont compensés avec l'avance de 1'500 fr. fournie par A. \_\_\_\_\_ SA qui reste acquise à l'État.

Dit qu'il n'y a pas lieu à allocation de dépens.

**Siégeant :**

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Madame Denise BOËX, 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.**