



E _____ SARL
Dom. élu : Me Olivier CARRARD
Cours des Bastions 14
Case postale 401
1211 Genève 12

Madame T _____
Dom. élu :
Me Jean-Bernard WAEBER
Rue Verdaine 12
Case postale 3647
1211 Genève 3

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRET

Du 4 mai 2007

Mme Marguerite JACOT-DES-COMBES, présidente

MM. Raymond BOURRECOUD et Denis MATHIEU, juges employeurs

Mme. Christine PFUND et M. Serge PASSINI, juges salariés

Mme Francine RIEKER VARIN, greffière d'audience

EN FAIT

Par acte du 5 janvier 2007, la société E_____ SARL appelle d'un jugement rendu le 4 décembre 2006 et notifié aux parties par plis du lendemain, aux termes duquel le Tribunal des prud'hommes, groupe 4, la condamne à payer à T_____ fr. 17'997.60 brut avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2006; lui donne acte de ce qu'elle s'engage à payer à T_____ fr. 120.45 brut, la condamnant en tant que de besoin à payer ledit montant, assorti d'intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2006; l'invite à opérer les déductions sociales, légales et usuelles et déboute les parties de toutes autres conclusions.

E_____ conclut à l'annulation pure et simple de ce jugement en tant qu'il la condamne à verser à T_____ fr. 17'997.60 brut et un intérêt à 5% l'an sur la somme de fr. 120.45 brut, somme qu'elle reconnaît par ailleurs devoir au titre de solde d'indemnité-vacances; elle demande que la Cour, au surplus, lui donne acte de ce qu'elle a restitué à T_____ son *curriculum vitae* et de ce qu'elle s'est conformée à l'accord intervenu, s'agissant du certificat de travail.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement déféré.

Les éléments suivants résultent du dossier :

- A. La société genevoise E_____ a pour but social la consultation en matière informatique et la création de software, l'assistance, l'organisation, la formation et le placement de personnel, l'achat et la vente de matériel informatique, ainsi que la prise de participations dans des entreprises en relation avec l'informatique.

A dater du 1^{er} septembre 2003, elle a employé T_____ en qualité de responsable des consultants bancaires et des formations. Dans les organigrammes de la société - que T_____ affirme avoir été établis pour les besoins de la cause - elle figure comme responsable du département *Banking Business and Training* pour les années 2003 et 2004 et de responsable *Functional* pour l'année 2005, avec le titre de *manager*.

Le contrat de travail prévoyait un taux d'activité de 80% de la durée hebdomadaire normale de 40 heures de travail (art. III), pour un salaire mensuel brut de fr. 12'500.-- (art. IV), auquel s'ajoutait une indemnité quotidienne de fr. 100.-- en cas de déplacement; il ne contenait en revanche aucune disposition relative aux heures supplémentaires.

A l'époque des faits, il y avait cinq personnes dans la société et chacune était responsable d'un département. T_____ n'avait pas d'employé sous ses ordres; elle n'a pas été inscrite au Registre du commerce comme pouvant représenter la société; elle n'avait pas davantage la signature bancaire. Il lui est en revanche arrivé de participer à des réunions dites "de direction".

T_____ disposait d'une certaine souplesse dans l'organisation de son travail et de ses horaires. Selon A_____, informaticien et ancien employé d'E_____, elle était consultante bancaire senior et n'avait pas le statut de cadre; au contraire, selon B_____, informaticien et consultant de l'administrateur d'E_____ et pour C_____, directeur adjoint d'E_____, elle avait beaucoup de responsabilités et était un cadre de la société.

A teneur des déclarations de B_____, l'ensemble des employés exécutait des heures supplémentaires.

- B. Dès le mois d'octobre 2004, E_____ a confié à T_____ un client à D_____, en _pays_. Les parties ont alors négocié un nouvel horaire de travail, en ce sens que T_____ travaillait à D_____ deux semaines à raison de 40 heures hebdomadaires; la troisième semaine, elle travaillait deux jours à Genève à raison de 8 heures par jour et disposait de trois jours de congé.

Aucun avenant au contrat de travail n'a toutefois été établi.

Ainsi, du 1^{er} octobre 2004 au 18 novembre 2005, T_____ s'est rendue à dix-neuf reprises, deux semaines sur trois à D_____ en _pays_. Ses déplacements étaient organisés comme suit : les billets d'avion étaient réservés et payés par l'employeur; T_____ prenait ainsi l'avion le lundi matin à 7h00; son vol, avec escale, atterrissait à D_____ à 9h45 environ, mais il est très occasionnellement arrivé que le vol ait du retard; elle rentrait le vendredi soir par un vol partant vers 19h et atterrissant à Genève à 22h15. Sur place, elle logeait dans un appartement mis à disposition de son employeur.

Après chaque voyage, T_____ a établi une "note de frais" à l'attention d'E_____; ces notes de frais mentionnent l'indemnité de déplacement de fr. 100.-- par jour prévue par le contrat de travail, ainsi que divers frais de taxi, mais ne font état d'aucune heure supplémentaire; il n'est pas contesté que lesdites notes de frais ont régulièrement été payées.

T_____ établissait également un relevé des heures effectivement travaillées pour le client. Ces relevés mentionnent 8 heures travaillées le lundi. Sur le sujet, T_____ a expliqué qu'elle travaillait 8 heures le lundi, même si elle n'arrivait chez le client qu'en fin de matinée; dans les rares cas où il ne lui avait pas été possible de travailler 8 heures le lundi, elle avait tout de même noté 8 heures et augmenté ses horaires des jours suivants en conséquence, ceci en accord avec le client. Certains jours mentionnent qu'elle a travaillé plus de 8 heures, étant précisé que T_____ n'a pas réclamé et ne réclame aucune indemnité de ce chef. E_____, pour sa part, explique que ces relevés ne servaient pas de support à la facturation pour le client, celle-ci s'effectuant par jour et non par heure. En tout état, les deux parties s'accordent à dire que le lundi a toujours été facturé pleine-

ment au client, même en cas de retard du vol, ce que le client a confirmé dans une déclaration écrite produite à la procédure.

T_____ a de même accompli d'autres déplacements pour E_____, notamment à Paris.

- C. A compter du 1^{er} avril 2005, l'état de santé de T_____ s'est détérioré en raison d'une accumulation de fatigue et de stress.

Par courrier du 31 octobre 2005, E_____ a résilié le contrat de travail avec effet au 31 décembre suivant. T_____ a été libérée de son obligation de travailler dès le 1^{er} novembre 2005, sous réserve d'un dernier déplacement en _pays_ effectué du 7 au 18 novembre.

Par courrier de son conseil du 20 décembre 2005, T_____ a élevé diverses prétentions, exigeant en particulier une rémunération pour les heures consacrées à ses déplacements entre Genève et D_____, prétention à laquelle E_____ s'est opposée par courrier du 3 janvier 2006.

E_____ a en revanche versé à T_____, à fin décembre 2005, fr. 7'459.37 brut à titre d'indemnité-vacances.

- D. Le 20 mars 2006, T_____ a déposé la présente demande en paiement, réclamant à E_____ fr. 20'688.34 avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2006. Ladite somme se décompose comme suit :

- fr. 20'567.88 en paiement d'heures supplémentaires,
- fr. 120.46 au titre de solde d'indemnité-vacances.

Elle a en outre réclamé un certificat de travail et la restitution de son *curriculum vitae*, conclusions auxquelles elle a renoncé par la suite, ces questions ayant été résolues.

A l'appui de sa position, elle a fait valoir qu'elle s'était rendue dix-neuf fois à D_____ et qu'elle n'avait jamais été indemnisée pour le temps qui excédait son horaire de travail et qu'elle avait consacré aux voyages proprement dits, soit 228 heures sur treize mois.

E_____ a demandé qu'il lui soit donné acte qu'elle avait remis un certificat de travail à T_____ et qu'elle lui avait restitué son *curriculum vitae*; elle a reconnu lui devoir fr. 120.46 à titre de solde d'indemnité-vacances, mais s'est opposée au paiement de tout intérêt moratoire sur ce montant. Elle s'est enfin opposée à la demande pour le surplus, faisant valoir que le temps de voyage ne constituait pas du temps de travail; T_____ recevait d'ailleurs une indemnité de déplacement

de fr. 100.-- par jour; de plus, T_____ avait le statut de cadre et ne pouvait prétendre à une indemnisation pour d'éventuelles heures supplémentaires. Aucune information au sujet de telles heures ne lui avait au demeurant été fournie avant la fin des rapports de travail et leur existence n'était pas avérée.

T_____ a contesté avoir la qualité de cadre.

- E. Le jugement querellé a en substance retenu que T_____ - dont le contrat de travail prévoyait expressément un temps de travail de 32 heures par semaine - ne pouvait être considérée ni comme un cadre dirigeant au sens de l'art. 321c CO, ni comme un travailleur exerçant une fonction dirigeante élevée au sens de l'art. 3 lit. d LTr et de l'OLT1. En application de l'art. 13 al. 2 OLT1, le surplus de temps de déplacement occasionné par les missions accomplies à l'étranger - à l'exclusion du déplacement entre son domicile à l'aéroport - devait être considéré comme temps de travail. Le temps passé aux trajets ne pouvait en outre être relié, comme le soutenait E_____, au remboursement des impenses. E_____ était en outre parfaitement au courant tant des voyages effectués que de leurs horaires et ne pouvait se prévaloir d'une renonciation tacite à leur indemnisation. Compte tenu des horaires des vols et de l'obligation pour T_____ de se trouver à l'aéroport au moins une heure avant le départ de ceux-ci, le nombre d'heures consacrées aux déplacements était de 199.50, ce qui donnait droit à une indemnisation correspondante de fr. 17'997.60 brut. A cela s'ajoutait le montant reconnu de fr. 120.45 correspondant au solde de l'indemnité-vacances. Ces montants portaient enfin intérêt moratoire à 5% l'an dès la cessation des rapports de travail, soit dès le 1^{er} janvier 2006.

Les arguments des parties devant la Cour seront repris ci-après dans la mesure utile.

EN DROIT

1. L'appel respecte le délai et la forme prescrits par la loi. Il est dès lors recevable.

La Cour dispose d'une cognition complète.

2. 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. Elles se distinguent du travail supplémentaire, à savoir le travail dont la durée excède le maximum légal, soit 45 ou 50 heures selon la

catégorie de travailleurs concernée (art. 9 LTr). La rémunération du travail supplémentaire est régie par l'art. 13 LTr, qui prévoit également une rétribution à hauteur du salaire de base majoré de 25%, mais uniquement à partir de la 61^{ème} heures supplémentaire accomplie dans l'année civile pour les employés de bureau, les techniciens et les autres employés (ATF 126 III 337 consid. 6a p. 341/342 et consid. 6c p. 343).

Il appartient au travailleur de prouver, d'une part, qu'il a accompli des heures supplémentaires et, d'autre part, que celles-ci ont été ordonnées par l'employeur ou qu'elles étaient nécessaires à la sauvegarde des intérêts légitimes de ce dernier. L'employeur est également tenu à rémunération lorsqu'il n'a émis aucune protestation, tout en sachant que le travailleur effectuait des heures supplémentaires et que ce dernier a pu déduire de ce silence que lesdites heures étaient approuvées (ATF 86 II 155 consid. 2 p. 157); ce n'est que si le travailleur prend l'initiative d'accomplir des heures au-delà de la limite contractuelle contrairement à la volonté de l'employeur ou à son insu que la qualification d'heures supplémentaires au sens de l'art. 321c CO prêtera à discussion (ATF 116 II 69 consid. 4b et les références). Par ailleurs, lorsque le travailleur a prouvé avoir effectué des heures supplémentaires dont le nombre ne peut plus être établi de manière exacte, le juge pourra en faire l'estimation par application analogique de l'art. 42 al. 2 CO; le travailleur devra toutefois alléguer et prouver, dans la mesure du possible, toutes les circonstances qui permettent d'apprécier le nombre d'heures supplémentaires exécutées, car la conclusion selon laquelle les heures alléguées ont effectivement été fournies doit s'imposer au juge avec une certaine force (consid. 4a non publié de l'ATF 123 III 84).

- 2.1 Il est constant que l'intimée est en principe soumise à la LTr. En revanche, l'appelante soutient que l'intimée ne peut se prévaloir de cette loi, dans la mesure où son art. 3 let. d exclut de son champ d'application les travailleurs exerçant comme elle une fonction dirigeante élevée.

En vertu de l'art. 7 OLTr1, est réputé exercer une fonction dirigeante élevée, au sens de l'art. 3 let. d LTr, celui qui, dans une entreprise ou une partie d'entreprise, dispose d'un pouvoir de décision dans des affaires essentielles et assume une responsabilité correspondante. Le fait qu'un travailleur bénéficie d'une position de confiance au sein de l'entreprise ne permet pas à lui seul d'admettre que cette personne y exerce une fonction dirigeante. Ni la compétence d'engager l'entreprise par sa signature ou de donner des instructions, ni l'ampleur du salaire ne constituent en soi des critères décisifs. Quant aux affaires essentielles, visées par l'art. 7 OLTr 1, ce sont celles qui influencent de façon durable la vie ou la structure de l'entreprise dans son ensemble ou, du moins, dans l'un de ses éléments principaux. S'agissant de dispositions d'exception, les normes susmentionnées doivent être interprétées restrictivement. En tout état de cause, la question doit être tranchée, de cas en cas, sans égard ni au titre, ni à la formation reçue par la personne concernée, mais d'après la nature réelle de la fonction et en tenant compte des dimensions de l'entreprise (ATF 126 III 337 p. 338 et réf. citées).

En l'espèce, certes l'intimée est désignée comme étant la responsable d'une unité; il est toutefois constant que cette unité ne comprenait aucun autre employé qu'elle-même. Il n'a par ailleurs pas été allégué qu'elle aurait été responsable du budget de son département, dont le chiffre d'affaires n'a pas davantage été indiqué. La tâche essentielle de l'intimée consistait à s'occuper des consultants bancaires et de la formation. Cette tâche est caractéristique d'un employé de bon niveau, voire de haut niveau, mais ne ressort nullement du rôle d'un dirigeant et encore moins d'un dirigeant élevé. En revanche, l'absence d'autonomie budgétaire et le fait que l'intimée n'avait ni la signature sociale, ni la signature bancaire plaident contre la qualité de dirigeant élevé. En dépit de la participation de l'intimée à certaines réunions de la direction et de la relative souplesse dont elle disposait pour organiser ses horaires de travail, aucune circonstance n'est évoquée dont il résulterait que l'intimée jouissait d'un pouvoir de décision dans la marche des affaires de l'appelante et encore moins d'un pouvoir de décision en ce qui concerne les affaires essentielles visées par l'OLTr 1. Enfin, rien n'indique non plus que l'intimée ait joui d'une quelconque compétence en matière d'engagement et de licenciement du personnel.

Les premiers juges ont ainsi avec raison retenu que l'intimée pouvait se prévaloir des dispositions de la LTr.

- 2.2 Par ailleurs, au sens de l'art. 321c CO, les cadres dirigeants n'ont en principe pas droit au paiement des heures supplémentaires, car le surcroît de travail est compensé par un salaire de base plus élevé (arrêts du Tribunal fédéral 4C.320/1996 et réf. citées; 4C.234/1992; 4C.96/1992 et réf.). Tel n'est toutefois pas le cas lorsqu'une rémunération pour de telles heures est convenue contractuellement, lorsque les heures supplémentaires sont destinées à effectuer des tâches qui sortent du cahier des charges de l'employé, ou encore lorsque le nombre d'heures de travail a été strictement défini (arrêt du Tribunal fédéral 4C.92/2004).

En l'espèce, le contrat de travail de l'intimée ne contient aucune disposition dérogatoire à l'art. 321c CO et prévoit expressément une durée du travail de 32 heures par semaine. Lorsqu'il a été question de la mission à D_____, les parties ont par ailleurs, sans établir d'avenant au contrat de travail, convenu que l'intimée effectuerait deux semaines durant un plein temps (soit 40 heures par semaine), alors que la troisième, elle ne travaillerait que 16 heures réparties sur deux jours, les trois jours restants lui étant octroyés en compensation. Ce temps libre était dès lors convenu non pour compenser d'éventuelles heures supplémentaires, mais pour aménager le temps de travail de l'appelante, qui devait demeurer de 32 heures par semaines en moyenne. A ce moment-là, aucun accord dérogatoire n'est intervenu, sous une forme écrite, au sens de l'art. 321c al. 3 CO, étant rappelé qu'une renonciation orale ou par actes concluants intervenant pendant les rapports de travail ou dans le mois qui suit reste sans effet (art. 341 al. 1^{er} CO; ATF 124 III 469), que l'employeur ne peut en principe pas invoquer l'art. 2 al. 2 CC pour faire échec à ces règles (ATF 105 II 41 = JdT 1979 I 609), enfin qu'une renonciation tacite de l'employé intervenant dans le délai de prescription de cinq ans prescrit par l'art.

128 ch. 3 CO ne peut résulter que de circonstances particulières, inexistantes en l'espèce, et non pas du seul écoulement du temps (ATF 110 II 275 = JdT 1985 I, p. 272).

Il en résulte que de ce point de vue également, l'appelante peut prétendre à la rémunération des heures supplémentaires effectuées.

3. L'appelante soutient que le temps consacré aux voyages entre Genève et D_____ ne saurait être considéré comme du temps de travail, le temps de déplacement étant d'ores et déjà compris dans l'horaire de travail de l'intimée.

Elle ne saurait être suivie.

D'une part, comme l'ont rappelé les premiers juges, lorsque le travailleur doit exercer son activité ailleurs que sur son lieu de travail habituel et que la durée ordinaire du trajet s'en trouve rallongée, le surplus de temps ainsi occasionné par rapport au trajet ordinaire est réputé temps de travail (art. 13 al. 2 OLT1). Certes, l'art. 13 al. 2 OLT1 ne s'applique en principe pas à un voyage prolongé à l'étranger (GEISER/VON KAENEL/WYLER, Loi sur le travail, Berne 2005, p. 162/163; Commentaire de l'OLT1, éd. SECO, p. 113-2). Les premiers juges ont toutefois retenu avec raison qu'il y avait lieu de tenir compte de la situation particulière du cas d'espèce, l'intimée effectuant régulièrement, soit trente huit fois en un peu plus d'une année, des allers et retours entre Genève et D_____.

D'autre part, les heures de travail effectives ont été notées par l'intimée dans les relevés d'heures précis qu'elle remettait à l'appelante après chaque voyage en _pays_ et dont l'intimée n'a pas contesté l'exactitude. L'appelante n'a par ailleurs jamais soutenu que sa cliente du pays - à laquelle les journées du lundi d'arrivée et du vendredi de départ étaient entièrement facturées - aurait accepté de prendre en charge financièrement les heures consacrées aux déplacements de l'intimée comme s'il s'était agi d'heures lui étant spécifiquement consacrées. A cela s'ajoute que l'intimée voyageait dans la mesure du possible en dehors des heures usuelles de travail puisqu'elle quittait Genève à 7h du matin les lundis et D_____ à 19h le vendredi, ce que l'employeur savait pour organiser lui-même les déplacements.

L'appelante savait ainsi que l'intimée consacrait à son travail - déplacements compris - plus que les heures contractuellement prévues. En application des principes rappelés ci-dessus, elle ne saurait par ailleurs se prévaloir d'une quelconque renonciation de l'intimée à sa rémunération, ni d'un quelconque abus de droit à n'avoir réclamé une indemnisation de ce chef qu'une fois les rapports de travail résiliés.

Les premiers juges ont ainsi retenu avec raison que le temps consacré aux voyages entre Genève et D_____ constituait du temps de travail supplémentaire donnant lieu à rémunération.

L'appelante ne remet pas en cause les calculs effectués par les premiers juges, qui ont retenu que l'intimée devait se trouver à l'aéroport une heure au moins avant le départ du vol, et qui ont écarté du calcul le temps consacré au trajet du domicile de l'appelante à l'aéroport, considérant que celui-ci correspondait à celui consacré au déplacement jusqu'au lieu de travail genevois de l'intimée.

La Cour fera sien ce calcul, qui apparaît convaincant, et retiendra dès lors que l'appelante a consacré aux trajets litigieux 199.50 heures donnant lieu à rémunération.

4. L'appelante soutient encore qu'aucune rémunération n'est due, l'intimée recevant déjà une indemnité de déplacement de fr. 100.-- par jour.

Ce faisant, l'appelante confond la rémunération due à l'intimée en raison du temps consacré à son déplacement et l'indemnité forfaitairement convenue pour indemniser l'intimée des frais induits par son déplacement. Or, l'indemnité de fr. 100.- par jour susmentionnée n'était destinée qu'à indemniser l'intimée de ce que les juges, dans un raisonnement exempt de critiques et que la Cour fait sien, ont qualifié "d'impenses".

Ce qui précède conduit à la confirmation du jugement attaqué, s'agissant de la condamnation de l'appelante à verser à l'intimée fr. 17'997.60 brut, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès la cessation des rapports de travail, soit dès le 1^{er} janvier 2006.

5. L'appelante admet devoir à l'intimée fr. 120.45 brut à titre de solde d'indemnité-vacances, mais conteste l'obligation de verser sur ce montant des intérêts moratoires. A l'appui de sa position, elle fait valoir que son retard à verser ce montant n'est dû qu'à une simple erreur de calcul.

A teneur de l'art. 339 al. 1 CO, toutes les créances qui découlent du contrat de travail deviennent exigibles à la fin de celui-ci. L'intérêt moratoire de 5% l'an n'est par ailleurs dû que lorsque l'employeur est en demeure (art. 104 al. 1 CO).

Comme l'ont relevé les premiers juges, l'intimée a interpellé l'appelante avant l'expiration des rapports de travail, soit en décembre 2005 déjà. Les intérêts moratoires sont ainsi dus dès le 1^{er} janvier 2006. Le fait que le retard de l'appelante soit dû à une erreur de calcul est à cet égard sans pertinence.

Rien n'empêchait d'ailleurs l'appelante de verser le montant qu'elle reconnaît devoir dès qu'elle s'est aperçue de son erreur de calcul.

6. L'appelante réclame enfin qu'il lui soit donné acte de ce qu'elle a rendu à l'intimée

son *curriculum vitae* et de ce qu'elle lui a remis un certificat de travail.

L'appel est exempt de motivation sur le sujet, ce qui dispense la Cour d'examiner ces prétentions.

7. En définitive, le jugement attaqué doit être entièrement confirmé.

Compte tenu de la valeur litigieuse, la procédure reste gratuite. Il ne sera pas alloué de dépens, aucune des parties n'ayant plaidé de manière téméraire.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 4

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par E_____ E_____ SARL contre le jugement TRPH/901/2006, rendu le 4 décembre 2006 par le Tribunal des prud'hommes, groupe 4, dans la cause C/7332/2006-4.

Au fond :

Le confirme.

Dit que la procédure reste gratuite.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

La présidente