



E\_\_\_\_\_

**Dom.élu** : Me Yvan JEANNERET  
Grand Rue 25  
Case postale 3200  
1211 Genève 3

**Partie appelante**

Madame T\_\_\_\_\_

**Dom. élu** : Me Christian BRUCHEZ  
Rue Verdaine 12  
Case postale 3647  
1221 Genève 3

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRÊT**

du 7 août 2009

M. Guy STANISLAS, président

MM Daniel CHAPELON et Jean-Yves GLAUSER, juges employeurs

Mme Maria Helena SOARES PINTO LEONOR et M. Marc LABHART juges salariés

M. Michael KAESER, greffier d'audience

**EN FAIT**

- A.** Par acte du 15 décembre 2008, Boulangerie-Pâtisserie E\_\_\_ (ci-après : E\_\_\_) appelle d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes à la requête de T\_\_\_, le 11 novembre 2008, la condamnant à verser à son ancienne employée la somme brute de fr. 3'133.35, avec intérêts, à titre d'indemnité pour heures supplémentaires (fr. 2'916.60) et indemnité pour vacances non prises (fr. 196.75). En substance, le Tribunal a retenu que les parties étaient liées par la convention collective de travail de la boulangerie-pâtisserie et confiserie artisanale suisse (CCT) et non par la Convention Collective Nationale de Travail pour les hôtels, restaurants et cafés (CCNT) qui n'était pas applicable au cas d'espèce. Sur la base des décomptes produits par les parties concernant les heures de travail effectuées par l'employée, le Tribunal a retenu que cette dernière avait réalisé 101,03 heures supplémentaires et lui a alloué de ce chef une indemnité de fr. 2'916.60.
- B.** A l'appui de son appel, E\_\_\_ fait grief au Tribunal de s'être mépris sur le décompte d'heures effectuées par T\_\_\_ qui ressort d'un pointage dont les fiches ont été versées à la procédure. L'appelante indique avoir versé à son employée, avec les salaires d'août 2006 et de janvier 2007, respectivement 61,03 et 18 heures supplémentaires, soit un total de 79,03 heures supplémentaires qui ont été payées à la demande de l'employée en prévision d'éventuelles heures supplémentaires futures. Selon l'employeur, il s'agissait d'un décompte provisoire qui ne reflétait pas la réalité des heures supplémentaires accomplies par l'employée qui relevaient d'un système de pointage automatique. E\_\_\_ a indiqué que, pendant la période d'occupation de son employée (1<sup>er</sup> juillet au 31 décembre 2006), cette dernière a effectué 27, 56 heures supplémentaires établies sur la base d'un pointage automatique, alors qu'elle a perçu des indemnités pour 79,03 heures supplémentaires. E\_\_\_ a conclu ainsi à la réformation du jugement entrepris et au déboutement des prétentions formulées par T\_\_\_, la somme de fr. 196.75 allouée

par le Tribunal à titre de solde de vacances étant compensée avec le trop perçu versé à l'employée.

- C.** Par acte du 21 janvier 2009, T\_\_\_ s'est opposée à l'appel et a formé un appel incident à l'encontre du jugement entrepris. A l'appui de son appel incident, T\_\_\_ a relevé que les relations entre les parties doivent être examinées à la lumière de la CCNT applicable à la relation de travail sur la base des constatations du service du contrôle de la CCNT. T\_\_\_ a fait ainsi valoir les prétentions successives de fr. 76.- à titre de différence de salaire pour le mois de janvier 2007, fr. 3.15 à titre de différence du 13<sup>ième</sup> salaire, fr. 932.50 à titre d'indemnité de vacances et fr. 3'481.85 à titre d'indemnité pour heures supplémentaires. A ce sujet, T\_\_\_ a indiqué avoir effectué 89,75 heures supplémentaires sur la base d'une durée hebdomadaire de 45 heures alors que la durée hebdomadaire, selon la CCNT, aurait dû être de 42 heures, portant ainsi le total des heures supplémentaires à 179,75 heures (89,70 + 90 heures).

Par mémoire de réponse du 24 février 2009, E\_\_\_ s'est opposée à l'appel incident.

- D.** Il résulte de la procédure les faits pertinents suivants :
- a)** E\_\_\_ (E\_\_\_) est une société anonyme, avec siège à Carouge, ayant pour but l'exploitation de boulangeries-pâtisseries et de tea-room.
- b)** E\_\_\_ exploite notamment une boulangerie. A ce magasin est adjoint un tea-room d'une centaine de places se trouvant dans les mêmes locaux que la boulangerie-pâtisserie. Les horaires des employés affectés à la boulangerie sont identiques à ceux des employés travaillant au tea-room. Le chiffre d'affaires de l'entreprise est reparti à concurrence de 75% pour la boulangerie-pâtisserie et de 25% pour le tea-room.

- c) Par décision du 20 octobre 2005, l'office de contrôle de la Convention Collective Nationale de Travail pour les hôtels, restaurants et cafés (CCNT) a exempté E\_\_\_ de la soumission à la CCNT à compter de 2005. Il était notamment considéré que les conditions légales d'une exemption à la CCNT étaient remplies puisque l'établissement de restauration se situait dans l'immeuble abritant l'entreprise de vente au détail et appliquait, en règle générale, les mêmes horaires et les mêmes conditions de travail pour les deux activités. La décision, dûment signée par le directeur de l'office de contrôle de la CCNT, a été notifiée à E\_\_\_ le 20 octobre 2005.
  
- d) Par contrat du travail du 1<sup>er</sup> juillet 2006, T\_\_\_, au bénéfice d'une formation auprès de l'école hôtelière de Thonon-les-Bains, a été engagée en qualité d'employée polyvalente à responsabilité à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2006. Le contrat de travail, établi selon les dispositions de la convention collective de travail de la boulangerie-pâtisserie et confiserie artisanale suisse (CCT), prévoit une durée hebdomadaire de travail de 45 heures pour un salaire mensuel convenu de fr. 4'500.- avec un droit aux vacances de 4 semaines par an.
  
- e) T\_\_\_ a reçu avec son salaire d'août 2006 une somme complémentaire de fr. 1'885.85 compensant 61,03 heures supplémentaires au taux de 125%. Avec son salaire de janvier 2007, elle a perçu un montant complémentaire de fr. 519.10 destiné à compenser 18 heures supplémentaires au taux de 125%. Les horaires de travail faisaient l'objet d'un pointage automatique dont le listing était remis à l'employée avec le règlement de son salaire mensuel, T\_\_\_ ayant indiqué que la fiche de pointage était fournie ultérieurement.
  
- f) T\_\_\_ a été en incapacité de travail pour cause de maladie du 21 octobre au 5 novembre 2006.

- g).** Le 12 décembre 2006, T\_\_\_ a été licenciée avec effet au 31 janvier 2007 pour raison de restructuration. Elle a été libérée de toute obligation de travailler pendant le préavis.
- h)** Par courrier du 14 décembre 2006, T\_\_\_ a demandé à son employeur de lui communiquer les raisons de son licenciement et a réclamé le paiement de ses heures supplémentaires, de son treizième salaire ainsi que des jours de congé non pris en nature.
- E.** Par demande déposée le 23 novembre 2007 à la Juridiction des prud'hommes, T\_\_\_ a assigné E\_\_\_ en paiement d'une somme de fr. 4'495.30, avec suite d'intérêts, se décomposant des sommes suivantes *i)* fr. 76.- à titre de différence de salaire du mois de janvier 2007, *ii)* fr. 3.15 à titre de solde du treizième salaire, *iii)* fr. 932.50 à titre d'indemnité pour des vacances non prises et *iv)* fr. 3'483.65 à titre de paiement des heures supplémentaires.

A l'appui de sa réclamation, T\_\_\_ a indiqué que les relations de travail étaient régies par la CCNT et a produit une lettre non signée de l'office de contrôle de la CCNT, datée du 16 janvier 2007, établie par A\_\_\_, inspecteur, décrétant la soumission du « tea-room E\_\_\_ » à la CCNT à compter du 1<sup>er</sup> avril 2006.

- F.** Par mémoire du 27 février 2008, E\_\_\_ a contesté les prétentions de T\_\_\_ et a conclu au déboutement de celle-ci. Elle a expliqué que la communication de l'office de contrôle de la CCNT du 16 janvier 2007, produite par T\_\_\_ à l'appui de sa réclamation et non signée, n'avait jamais fait l'objet d'une notification. Elle a indiqué avoir adressé à l'office de contrôle de la CCNT, le 30 janvier 2008, une communication s'interrogeant sur la pérennité de la décision du 20 octobre 2005 décrétant que la boulangerie E\_\_\_ bénéficiait d'une exemption de la soumission à la CCNT et n'avoir reçu aucune réponse à cette requête. Elle a ainsi considéré que cette « décision » ne lui était pas opposable et qu'elle était toujours au bénéfice de la procédure d'exemption qui était d'ailleurs remis à chaque nouvel employé lors

de son engagement. Elle a enfin précisé que l'exploitation du tea-room était en étroite relation avec celle de la boulangerie-pâtisserie et que les activités étaient réunies dans des locaux identiques, les employés des deux activités ayant des horaires identiques.

- G.** Entendu en qualité de témoin, B\_\_\_, chef de cuisine auprès de E\_\_\_, a indiqué que son propre contrat de travail prévoyait l'application de la CCT de la boulangerie-pâtisserie et a confirmé que T\_\_\_ avait travaillé uniquement en salle. Egalement entendu en qualité de témoin, A\_\_\_, inspecteur à l'office de contrôle de la CCNT a indiqué que sa décision du 16 janvier 2007 n'avait pas besoin d'être signée et avait été notifiée oralement à l'entreprise puis par courrier. Il a précisé être compétent pour décider de la soumission d'un établissement à la CCNT. A son avis, le fait qu'un employé travaille de façon majoritaire dans l'établissement de restauration justifie derechef une soumission à la CCNT.
- H.** Par décision du 11 novembre 2008, le Tribunal des prud'hommes a rendu le jugement entrepris. En substance, le Tribunal a retenu que les relations de travail n'étaient pas soumises à la CCNT. A ce sujet, le Tribunal a retenu que, dans une décision du 1<sup>er</sup> avril 1998 (cause C/15352/97-6), la Cour d'appel des Prud'hommes avait considéré que le champ d'application d'une CCNT étendue devait être interprété de manière restrictive car la décision d'extension représente une atteinte importante à la liberté de commerce et de l'industrie. Dans le cas précité, la Cour d'appel avait considéré qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer la CCNT 92 à un travailleur employé dans une chocolaterie qui faisait partie intégrante d'une entreprise exploitant également un restaurant. De plus, l'arrêté du Conseil fédéral du 19 novembre 1998 étendant le champ d'application de la CCNT, ainsi que les arrêtés des 12 décembre 2002 et 8 décembre 2003 en prorogeant la validité, n'ont pas repris, dans la clause d'extension, la disposition figurant à l'art. 1 al. 1 CCNT. L'arrêté prévoit en effet que « sont exclus du champ d'application de la CCNT les établissements de restauration dont les locaux sont en relation avec des entreprises de vente de détail et qui ont, en général, les mêmes

horaires et les mêmes conditions de travail que ces dernières ». Enfin, dans une décision du 5 mai 2007 (cause C/268163/2005-2), la Cour d'appel des Prud'hommes avait retenu que E\_\_\_ remplissait les conditions d'exclusion de l'extension du champ d'application de la CCNT au sens de l'art. 2 al. 2 § 2 de l'arrêté du Conseil fédéral du 19 septembre 1998 et que, dès lors, seule la convention collective de travail de la boulangerie-pâtisserie et confiserie artisanale suisse était applicable aux relations de service entre les parties, E\_\_\_ étant membre de l'association suisse des patrons-boulangers-pâtisseries signataires de la Convention. Le Tribunal a ainsi considéré qu'aucun élément nouveau ne permettait de remettre en cause cette situation, la « décision » de l'office de contrôle de la CCNT du 16 janvier 2007, non signée, n'étant pas opposable à E\_\_\_ et l'inspecteur n'ayant pas été en mesure d'expliquer de manière convaincante les raisons d'une éventuelle soumission à la CCNT.

S'agissant des prétentions formulées par l'employée, le Tribunal a considéré que cette dernière avait droit, en application de l'art. 26 CCT, à 4 semaines de vacances, soit 11,66 jours de vacances pour la période du 1<sup>er</sup> juillet 2006 au 31 janvier 2007, vacances qu'elle n'avait pas pu prendre et qu'on ne pouvait exiger qu'elles soient prises pendant le délai de préavis. Elle avait ainsi droit à une indemnité de vacances de fr. 2'623.95 et ayant perçu une somme brute de fr. 2'427.20 de ce chef, elle pouvait prétendre à un complément de fr. 196.75. S'agissant des heures supplémentaires, le Tribunal a considéré que les parties avaient convenu, en dérogation avec la CCT, d'une durée hebdomadaire de 45 heures, soit 9 heures par jour, avec un salaire mensuel brut de fr. 4'500.-. Le Tribunal a retenu que l'employée avait effectué 171,06 heures supplémentaires et que, ayant travaillé 6 jours au lieu de 5 jours la semaine du 6 au 11 novembre 2006, elle avait effectué 180,06 heures supplémentaires en 2006. Le Tribunal lui a alors alloué une compensation pour 101,03 (sic) heures supplémentaires correspondant à un montant total de fr. 2'916.60.

Le jugement du Tribunal des prud'hommes a été notifié le 12 novembre 2008.

- I. A l'audience devant la Cour d'appel, E\_\_\_ a indiqué, sur la base des feuilles de pointage, que les heures supplémentaires effectuées par T\_\_\_ s'élevaient pendant sa période d'occupation à 25,56 heures compte tenu d'un horaire de 45 heures par semaine. T\_\_\_ a précisé avoir effectué, sur la base d'un horaire contractuel de 45 heures par semaine, 89,75 heures supplémentaires et vouloir réclamer le paiement d'heures supplémentaires à concurrence 179,75 heures en fonction de la différence entre l'horaire contractuel de 45 heures et l'horaire prévu dans la CCNT dont elle considérait qu'il s'appliquait à sa situation. Elle a expliqué la différence entre le calcul d'heures effectuées par son employeur et son propre calcul par l'inclusion de pauses de 30 minutes. Entendu à nouveau en qualité de témoin, A\_\_\_, inspecteur à l'office du contrôle de la CCNT, a expliqué que la procédure de soumission d'un établissement à la CCNT pouvait faire l'objet d'une contestation tranchée par la Commission de surveillance. Il a indiqué que l'activité prépondérante des employés travaillant dans la partie restaurant avait motivé sa décision de soumission et avoir expliqué cette situation au responsable de E\_\_\_ . Il a indiqué ne pas se souvenir si E\_\_\_ s'était acquittée des taxes liées à sa soumission à la CCNT, ni même si des bordereaux avaient été notifiés à ce sujet pour les années 2007 et 2008. Il a enfin indiqué avoir adressé à l'entreprise un questionnaire qui avait été renvoyé mais considéré comme insuffisamment probant pour donner suite et que l'office de contrôle avait dès lors suspendu le cas le 2 mai 2007.

### **EN DROIT**

1. Interjeté dans le délai et la forme prescrits par la loi, l'appel de E\_\_\_ est recevable (art. 59 LJP). L'appel incident de T\_\_\_ est également recevable (art. 61 LJP).

2. La Cour d'appel doit examiner l'application de la CCNT aux relations de travail entre E\_\_\_ et T\_\_\_. Il s'agit de déterminer si les rapports de service sont régis par la convention collective de travail de la boulangerie-pâtisserie et confiserie artisanale (CCT) à laquelle les parties se sont référées dans leurs relations contractuelles ou si, en vertu de la clause d'extension contenue dans la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective, la CCNT doit s'appliquer d'office aux relations de service compte tenu de l'activité de l'employée dans un établissement de restauration attenant à une boulangerie-pâtisserie. Dans un litige au contexte identique, la Cour d'appel des prud'hommes, dans un arrêt du 5 mars 2007 (cause C/26863/2005-2), avait considéré que la CCNT ne s'appliquait pas aux relations de travail entre E\_\_\_ et une employée du tea-room, ceci notamment en application de l'art. 2 de l'arrêté d'extension de la CCNT du Conseil fédéral du 19 novembre 1998 qui exclut de l'extension « les établissements de restauration dont les locaux sont en relation avec les entreprises de vente au détail qui ont, en règle générale les mêmes horaires et les mêmes conditions de travail que ces dernières ». Invoquant cette jurisprudence et la décision d'exemption prononcée par l'office de contrôle de la CCNT le 20 octobre 2005, E\_\_\_ nie l'application de la CCNT aux relations de service conclues avec ses employés et invoque l'application de la CCT ; se fondant sur son activité au sein de l'entreprise, dévolue exclusivement à des tâches de restauration, et invoquant la décision prise par l'inspecteur A\_\_\_, T\_\_\_ invoque à son profit l'application de la CCNT.
  - a. A teneur des art. 356 ss CO, les clauses normatives d'une convention collective n'ont en principe d'effets qu'envers les employeurs et travailleurs qu'elles lient, c'est-à-dire les employeurs qui sont personnellement parties à la convention (CCT d'entreprise), les employeurs et travailleurs qui sont membres d'une association contractante, ou encore les employeurs et les travailleurs qui ont déclaré se soumettre à la convention au sens de l'art. 356 b CO. La convention peut toutefois être étendue aux tiers en vertu de la loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail du 28 septembre 1956, auquel

cas ses clauses s'appliquent également aux employeurs et travailleurs auxquels elle est étendue. En dehors de ces cas, les rapports entre parties sont régies par le contrat individuel et la loi, éventuellement un contrat-type mais non par la convention collective (ATF 102 Ia 18 = JT 1977 I 256 ; ATF 98 Ia 563 = JT 1974 I 654 ; FF 1954 I 156).

- b.** L'art. 1 al. 1 CCNT prévoit que la convention s'applique à tous les employeurs et tous les collaborateurs qui exercent une activité dans un établissement de l'hôtellerie ou de la restauration. Selon le commentaire attaché à la CCNT 1998 (édition mars 2002), une application de la CCNT aux boulangeries-pâtisseries-confiseries disposant d'un établissement de restauration est retenue si le collaborateur de l'entreprise travaille plus de la moitié de son temps de travail total dans l'établissement de restauration attenant à la boulangerie-pâtisserie-confiserie. Selon la notice de l'office de contrôle de la Convention Collective Nationale de Travail pour les hôtels, restaurants et cafés de septembre 1992, notice relative à l'application de la CCNT (édition 1992) aux boulangeries-pâtisseries-confiseries disposant d'un établissement de restauration, les employés des boulangeries-pâtisseries-confiseries qui servent au magasin et, en même temps, travaillent dans l'établissement de restauration ne sont pas soumis à la CCNT s'ils passent plus de la moitié de leur temps de travail total au magasin. Si le personnel de service entre dans le champ d'application de la CCNT au sens des principes précités, il reste à déterminer s'il est employé à temps complet ou à temps partiel, c'est-à-dire en tant que personnel auxiliaire. Ce qui est déterminant à ce propos, c'est de savoir si le travailleur travaille dans l'établissement de restauration pendant les deux tiers de la durée normale du travail afférent à cet établissement. Si tel est le cas, il est alors un travailleur à temps complet. Dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire s'il y travaille moins des deux tiers de la durée normale du travail afférente à l'établissement, il est alors auxiliaire.

Dans une décision du 1<sup>er</sup> avril 1998 (C/15352/97-6), la Cour d'appel a considéré que le champ d'application d'une CCNT étendue devait être interprété de manière

restrictive car la décision d'extension représente une atteinte importante à la liberté du commerce et de l'industrie. Dans le cas précité, la Cour d'appel a ainsi considéré qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer la CCNT 92 à un travailleur employé dans une chocolaterie qui faisait partie intégrante d'une entreprise exploitant également un restaurant soumis à la CCNT.

- c) L'arrêté du Conseil fédéral du 19 novembre 1998 étendant le champ d'application de la CCNT, ainsi que les arrêtés des 12 décembre 2002 et 8 décembre 2003 en prorogeant la validité, n'ont pas repris, dans la clause d'extension, la disposition figurant à l'art. 1 al. 1 CCNT. L'arrêté prévoit en effet que sont exclus du champ d'application de la CCNT les établissements de restauration dont les locaux sont en relation avec des entreprises de vente au détail et qui ont, en règle générale, les mêmes horaires et les mêmes conditions de travail que ces dernières.

A teneur de l'art 1 de la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention de travail collective de travail (ci-après LECCT), l'autorité compétente peut, par une décision spéciale (décision d'extension), étendre le champ d'application d'une convention collective conclue par des associations aux employeurs et aux travailleurs qui appartiennent à la branche économique ou à la profession visée et ne sont pas liés par cette convention. A teneur de l'art. 7 al. 1 LECCT, l'extension est prononcée par le Conseil fédéral lorsqu'elle vise le territoire de plusieurs cantons. Lorsqu'elle prononce l'extension, l'autorité compétente (le Conseil fédéral) doit en fixer le champ d'application quant au territoire, à la profession et aux entreprises ainsi qu'à la durée de validité de sa décision (art. 12 al. 2 LECCT).

En application à l'art. 7 al. 1 LECCT, le Conseil fédéral, par arrêté du 19 novembre 1998, a décidé l'extension de la Convention Collective Nationale de Travail pour les hôtels, restaurants et cafés (CCNT) conclue le 6 juillet 1998. L'art. 2 de l'arrêté d'extension définit notamment les entreprises soumises à l'extension ; cette disposition précise que « sont exclus... les établissements de

restauration dont les locaux sont en relation avec des entreprises de vente au détail, qui ont, en règle générale, les mêmes horaires et les mêmes conditions de travail que ces derniers ».

Le Conseil fédéral a ainsi convenu que l'art. 1 al. 1 CCNT, disposition qui prévoit que la CCNT s'applique à tous les employeurs et collaborateurs qui exercent une activité dans un établissement de l'hôtellerie ou de la restauration, n'a pas été déclaré d'application générale par l'autorité compétente. Il ne saurait, comme le retient justement le Tribunal des Prud'hommes, s'agir d'une lacune qui viderait de son sens l'art. 2 al. 2 § 2 de l'arrêté du 19 novembre 1988 qui exclut précisément du champ d'application de l'extension les établissements de restauration dont les locaux sont en relation avec des entreprises de vente au détail et dont l'horaire et les conditions de travail sont, en règle générale, identiques à ces derniers.

Cette situation a été retenue dans un arrêt de la Cour d'appel des prud'hommes du 5 mars 2007 dans une affaire au contenu identique (cause C/26863/2005-2) et la Cour d'appel ne conçoit pas d'éléments pertinents impliquant une modification de cette jurisprudence.

3. En l'espèce, le tea-room est clairement en relation avec la boulangerie-pâtisserie et se trouve dans les mêmes locaux que cette dernière. Selon les états financiers produits par E\_\_\_, l'activité du tea-room représente une part minoritaire (25% du chiffre d'affaires de l'établissement), l'activité principale résidant dans la confection et la vente de produits de boulangerie et de pâtisserie. Les heures d'ouverture sont quasiment identiques puisque le magasin ouvre de 6h00 à 19h00 (18h00 le dimanche) et le tea-room de 6h30 à 18h30 (17h30 le dimanche), le temps d'assurer la mise en place et la finition du service. En outre, il est ressorti des débats que les conditions de travail des employés étaient les mêmes pour le tea-room et le magasin.

E\_\_\_ remplit ainsi les conditions d'exclusion de l'extension du champ d'application de la CCNT au sens de l'art. 2 al. 2 § 2 de l'arrêté du Conseil fédéral du 19 novembre 1998. Cette situation n'a pas échappé à l'office de contrôle de la CCNT qui, par décision du 20 octobre 2005, a exempté l'entreprise E\_\_\_ de la soumission à la CCNT en se basant sur l'art. 2 al. 2 § 2 de l'arrêté du Conseil fédéral du 19 novembre 1998.

La « décision » non signée, apparemment non notifiée, rendue par l'inspecteur A\_\_\_ le 20 janvier 2007 ne peut, selon la Cour d'appel, emporter modification de la qualification des rapports entre les parties. Cette « décision » n'est pas signée, n'a pas été établie par le directeur de l'office de contrôle de la CCNT, ne comporte pas un numéro de dossier et la référence des responsables et ne mentionne pas les voies de recours ouvertes à son encontre. Interpellé par l'appelante sur sa prétendue efficacité, l'office de contrôle n'a apporté aucune réponse à cette légitime requête. Enfin, de l'aveu même de son initiateur, il apparaît que le dossier de la soumission du tea-room E\_\_\_ à la CCNT est suspendu depuis le 2 mai 2007, aucun émolument ne semblant avoir été sollicité auprès de l'établissement concerné pour la soumission à la CCNT.

Ces éléments ne permettent pas à la Cour d'appel de retenir que la décision d'exemption de l'office de contrôle de la CCNT du 20 octobre 2005 aurait été modifiée par une décision contraire exécutoire. C'est donc à juste titre que le Tribunal a considéré que les circonstances insolites de la communication du 16 janvier 2007 ne permettaient pas de retenir une modification de la décision officielle du 20 octobre 2005.

Il sera ainsi retenu que les relations de travail entre les parties doivent être examinées à la lumière de la convention collective de travail de la boulangerie-pâtisserie et confiserie artisanale (CCT) à laquelle les parties se sont référées, à l'exclusion de la CCNT. Le jugement entrepris sera confirmé sur ce point.

- 4 a)** Les parties ont convenu contractuellement et par écrit d'une durée hebdomadaire de travail de 45 heures, soit 9 heures par jour, et d'un salaire mensuel brut de fr. 4'500.-. Elles ont ainsi valablement dérogé à l'art. 17 CCT qui prescrit une durée hebdomadaire de 42 heures en prévoyant la possibilité pour les employés ayant donné leur consentement et disposant d'un contrat individuel de travail écrit de convenir d'un temps de travail atteignant la durée maximum de travail hebdomadaire, soit 45 heures (art. 9 al. 1 LTr).

Les heures supplémentaires sont compensées par un congé compensatoire ou par un supplément de salaire de 25% calculé sur la base du salaire convenu contractuellement (art. 39 CCT).

- b)** Les heures supplémentaires sont définies comme des heures de travail effectuées au-delà de l'horaire contractuel. Par heures supplémentaires, on entend celles qui sont effectuées au-delà de la durée normale du travail, qu'elle soit convenue de manière contractuelle, par une convention collective ou par ce qui est usuel au sein de l'entreprise. L'obligation d'effectuer des heures supplémentaires est régie par l'art. 321 c CO. Si les circonstances exigent des heures de travail plus nombreuses que ne le prévoit le contrat ou l'usage, un contrat type de travail ou une convention collective, le travailleur est tenu d'exécuter le travail supplémentaire dans la mesure où il peut s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le lui demander (Wylser, Droit du travail, 2<sup>ème</sup> édition, p. 116). En principe, le travailleur est tenu d'établir régulièrement le décompte de ses heures supplémentaires et de le remettre périodiquement à son employeur. Lorsque le temps de travail est vérifié par une machine de pointage, il est arbitraire de considérer qu'une partie de ce temps est un temps de travail effectif et que les heures dépassant la durée convenue contractuellement ne constituent pas des heures supplémentaires. A fortiori, l'employeur qui dispose d'un tel système de contrôle ne peut prétendre ignorer l'exercice d'heures supplémentaire de sorte que les prétentions du travailleur ne sauraient se périmer dans ce cas. La totalité du temps de travail enregistrée dans une machine de pointage doit être prise en

considération (Wylér, loc. cit., p. 124 ; arrêt du Tribunal fédéral du 30 juin 2003 dans la cause 4B 96/2003 consid. II 3 II ; Sarb 3/97 n° 37 p. 231).

- c) Les parties divergent sur la quotité des heures supplémentaires accomplies par T\_\_\_ durant son activité auprès de E\_\_\_. Se basant sur les feuilles de pointage, produites à la procédure, l'employeur indique que l'intimée a effectué, pour la période du 1<sup>er</sup> juillet 2006 au 10 décembre 2006 (date de son dernier jour de travail), 26,56 heures supplémentaires. Le décompte produit à la procédure fait certes apparaître un nombre négatif de - 17,54 heures supplémentaires pour la période du 1<sup>er</sup> juillet 2006 au 17 décembre 2006 mais cette situation résulte d'un paramétrage automatique de la machine ayant pris en compte la durée hebdomadaire de travail pendant la semaine du 11 au 17 décembre (45 heures) pendant laquelle l'employée n'a pas travaillé. Compte tenu de cette rectification, c'est donc un nombre de 27,56 heures supplémentaires qui découle du système de pointage adopté par l'entreprise (-17,54 + 45).

T\_\_\_ dit avoir effectué, pendant son temps d'occupation auprès de E\_\_\_, 89,75 heures supplémentaires et sollicite en outre la compensation de 90 heures supplémentaires en raison du temps de travail prévu par la CCNT (42 heures) au lieu de la durée contractuellement convenue (45 heures). La quotité des heures supplémentaires invoquée par l'employée ne ressort pas des décomptes de pointage versés à la procédure et la Cour d'appel ne perçoit pas la pertinence de cette quotité avancée par l'intimée. De plus, devrait-on considérer que T\_\_\_ a réellement effectué 89,75 heures supplémentaires qu'il conviendrait de porter en déduction les heures supplémentaires qui ont été effectivement payées, soit 63,03 heures supplémentaires en août 2006 et 18 heures supplémentaires en janvier 2007, portant ainsi le total des heures supplémentaires compensées à 79,03 heures. C'est donc tout au plus, selon le propre décompte de l'employée, 10,72 heures supplémentaires que pourrait réclamer l'intimée.

La Cour d'appel s'en tiendra au décompte de pointage produit à la procédure qui démontre le temps de travail effectif réalisé par l'employée pendant sa période d'occupation au sein de l'entreprise. La Cour d'appel retient ainsi que T\_\_\_ a accompli, pour la période du 1<sup>er</sup> juillet 2006 au 10 décembre 2006, 27,56 heures supplémentaires. La Cour d'appel retiendra que l'employée a perçu, pendant cette période d'occupation, à titre de compensation des heures supplémentaires, les sommes de fr. 1'885.85 en août 2006 destinées à compenser 61,03 heures supplémentaires et fr. 519.10 destinées à compenser 18 heures supplémentaires.

Les heures supplémentaires ayant ainsi été compensées (79,03) au-delà des heures réellement effectuées (27,56), la réclamation de l'employée sur ce point sera rejetée.

5. Le Tribunal a retenu que l'employée bénéficiait d'un solde de vacances non prises d'un montant de fr. 196.75. Le jugement sera confirmé sur ce point dès lors que cette conclusion n'est pas contestée par l'appelante. La conclusion de l'appel incident tentant à l'octroi d'une indemnité de fr. 932.50 au titre d'indemnité de vacances fondée sur la CCNT sera rejetée au motif que la CCNT n'est pas applicable aux rapports de travail.

E\_\_\_ a fait valoir la compensation de la somme de fr. 196.75 avec les sommes versées en trop du chef de la compensation des heures supplémentaires. Cette compensation sera acceptée.

### **PAR CES MOTIFS**

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 2

**A la forme :**

Déclare recevable l'appel interjeté par Boulangerie-Pâtisserie E\_\_\_ à l'encontre du jugement du Tribunal des prud'hommes du 11 novembre 2008 dans la cause C/26208/2007-2.

Déclare recevable l'appel incident formé par T\_\_\_ à l'encontre du jugement.

**Au fond :**

Annule ce jugement.

**Statuant à nouveau :**

Déboute T\_\_\_ de ses conclusions à l'encontre de Boulangerie-Pâtisserie E\_\_\_.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président