



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

T \_\_\_\_\_  
c/o A \_\_\_\_\_  
Rue \_\_\_\_\_  
1217 Meyrin

**Partie appelante**

**Partie intimée**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRÊT**

du lundi 5 mars 2007

M. Guy STANISLAS, président

MM. Daniel CHAPELON et Jean-Paul METRAL, juges employeurs

MM. Max DETURCHE et Marc LABHART, juges salariés

Mme Zena GOOSSENS, greffière d'audience

**EN FAIT**

A. E\_\_\_\_\_ SA (ci-après : « E\_\_\_\_\_ ») est une société anonyme avec siège à Carouge exploitant une boulangerie sis \_\_\_\_\_.

L'activité de E\_\_\_\_\_ réside dans la fabrication et la vente de pains et de pâtisseries fraîches ; l'entreprise exploite également un tea-room.

B. T\_\_\_\_\_ a été engagée par E\_\_\_\_\_ le 10 avril 2004 en qualité de serveuse avec un salaire mensuel brut de 3'400 fr., qui a été porté à 4'000 fr. en juillet 2004.

C. Le contrat de travail a été établi conformément aux dispositions de la convention collective de travail de la boulangerie-pâtisserie et confiserie artisanale suisse (ci-après CCT) et renvoie expressément aux dispositions de la convention.

D. T\_\_\_\_\_ travaillait essentiellement au tea-room en assurant le service des cafés et la restauration de midi. Elle travaillait généralement avec deux ou trois autres collègues au tea-room et tous ces employés aidaient également au magasin pour la mise en place des produits et leur vente.

E. Le tea-room était situé dans les mêmes locaux que le magasin et formait une même surface avec l'entreprise de vente au détail. Les horaires du magasin et ceux du tea-room étaient quasiment identiques, soit de 6h00 – 19h00 pour le magasin et 6h30 – 18h30 pour le tea-room afin de permettre la mise en place. T\_\_\_\_\_ commençait son travail à 6h00, soit à l'ouverture du magasin.

- F.** Par lettre du 22 février 2005, E\_\_\_\_\_ a résilié le contrat de travail de son employée pour le 31 mars 2005.
- G.** Par décision du 20 octobre 2005, l'office de contrôle de la Convention Collective Nationale de Travail pour les hôtels, restaurants et cafés (ci-après CCNT) a exempté E\_\_\_\_\_ de la soumission à la CCNT. A l'appui de sa décision, l'office de contrôle a considéré que les conditions légales d'une exemption à la CCNT étaient remplies puisque « l'établissement de restauration dont le local se situe dans l'immeuble abritant l'entreprise de vente au détail a, en règle générale, les mêmes horaires et les mêmes conditions de travail que ce dernier ». La décision a été prise en application de l'art. 2 chiffre 2 de l'arrêté du Conseil fédéral au sujet de la déclaration d'application générale de la Convention Collective Nationale de Travail du 6 juillet 1998.
- H.** Par demande déposée au greffe de la juridiction des Prud'hommes le 23 novembre 2005, T\_\_\_\_\_ a assigné E\_\_\_\_\_ en paiement de la somme de 7'458.97 fr. avec suite d'intérêts, à titre notamment de différence de salaire pour la période travaillée. A l'appui de sa réclamation, T\_\_\_\_\_ a invoqué le bénéfice de l'application de la CCNT et des salaires minima visés dans cette convention. Elle indiquait avoir travaillé dans le domaine de la restauration, essentiellement en France, de 1999 à 2004. L'employée a également sollicité la production d'un certificat de travail conforme à son activité.
- I.** E\_\_\_\_\_ a conclu au déboutement de son ancienne employée et soutenu qu'elle n'était pas soumise à la CCNT, en invoquant notamment la dispense accordée par l'office de contrôle de la CCNT. E\_\_\_\_\_ a également indiqué que T\_\_\_\_\_ ne disposait d'aucune formation lui permettant d'assumer un poste de responsable

dans la restauration et que les heures supplémentaires réclamées avaient été payées.

- J.** Entendue en qualité de témoin, B\_\_\_\_\_ a indiqué avoir travaillé en qualité de serveuse chez E\_\_\_\_\_ sous les instructions de T\_\_\_\_\_ et avoir été licenciée pour raisons de restructuration. Elle a précisé qu'environ 5 personnes, dont elle-même et T\_\_\_\_\_, étaient affectées au service du tea-room, T\_\_\_\_\_ s'occupant essentiellement du stock auprès de fournisseurs et du planning de prise de travail.
- K.** Par jugement du 13 juillet 2006, le Tribunal des Prud'hommes a partiellement fait droit à la réclamation de T\_\_\_\_\_ et condamné E\_\_\_\_\_ à lui verser la somme brute de 1'206.75 fr. avec intérêts 5 % dès le 1<sup>er</sup> mai 2005. En substance, le Tribunal a retenu que les prétentions salariales de T\_\_\_\_\_ devaient être examinées à la lumière des dispositions de la CCNT qui s'appliquait à l'activité de l'employée. Le Tribunal a retenu que cette dernière travaillait majoritairement au tea-room de la boulangerie et que, dès lors, l'art. 1 al. 1 CCNT s'appliquait à son cas quand bien même le champ d'application de cette disposition n'avait pas été étendu, les premiers juges ayant vu dans cette situation une lacune de l'arrêté d'extension. Appliquant les salaires minima retenus dans la CCNT, le Tribunal des Prud'hommes a considéré que l'employée pouvait prétendre à une différence de salaire pour la période du 10 avril au 30 juin 2004 pour laquelle l'employée avait perçu un salaire mensuel brut de 3'400 fr. alors qu'elle aurait dû recevoir, selon la CCNT, une rémunération de 3'525 fr. C'est ainsi une somme totale de 337.50 fr. que T\_\_\_\_\_ pouvait invoquer à titre de différence de salaire. En sus de ce montant, le Tribunal lui a alloué une somme brute de 809.65 fr. à titre de différence de salaire sur les heures supplémentaires effectuées et payées. Enfin, le Tribunal lui a alloué une somme de 59.60 fr. à titre de retenue indue de salaire par l'employeur. Les autres prétentions salariales de l'employée ont été écartées. Enfin, le Tribunal a condamné l'employeur à délivrer un certificat de

travail complet faisant état de ses fonctions de serveuse responsable et n'indiquant pas le motif de la dénonciation des rapports de service.

**L.** A l'encontre de ce jugement, notifié aux parties le 13 juillet 2006, E\_\_\_\_\_ interjette appel par acte déposé au greffe de la juridiction des Prud'hommes le 14 août 2006. A l'appui de son appel, E\_\_\_\_\_ fait grief au Tribunal d'avoir appliqué à tort la CCNT et de ne pas avoir pris en considération l'exemption de l'entreprise à la soumission de la CCNT pour les motifs dûment indiqués dans la dispense.

E\_\_\_\_\_ indique également que l'activité du tea-room s'inscrivait dans une activité accessoire par rapport à la vente et pesait de façon modeste sur le chiffre d'affaires de l'entreprise, l'activité du tea-room représentant une moyenne de 28 % du montant total du chiffre d'affaires. L'appelante allègue en outre que, sur un total de 35 employés occupés dans l'entreprise, 31 l'étaient à la boulangerie et 4 employés travaillaient au tea-room, tout en aidant, en fonction des besoins, à l'activité de la boulangerie. T\_\_\_\_\_ exerçait son activité pour partie dans la boulangerie et pour partie au tea-room, notamment afin d'assurer le couvert du service de midi. E\_\_\_\_\_ conclut ainsi à la réformation du jugement et au déboutement des prétentions de T\_\_\_\_\_. L'appelante reconnaît devoir à l'intimée la somme de 59.60 fr. à titre de retenue de salaire mais invoque la compensation avec une créance de l'employeur concernant un trop-perçu de vacances de l'employée. Enfin, l'appelante accepte d'établir un certificat de travail qui ne tienne pas compte du motif de licenciement mais refuse de qualifier l'employée de serveuse responsable dès lors que cette fonction ne correspondait pas à la réalité.

**M.** Par mémoire du 11 septembre 2006, T\_\_\_\_\_ a conclu à la confirmation du jugement entrepris.

N. A l'audience de ce jour, E\_\_\_\_\_ a indiqué que 7 personnes travaillaient en permanence dans le magasin, 4 personnes étant affectées à la vente et 3 personnes s'occupant plus particulièrement du tea-room. T\_\_\_\_\_ a indiqué avoir été affectée au tea-room en servant des cafés le matin aux clients et s'occupant de la restauration à midi. Elle a précisé qu'il lui arrivait de travailler également à la boulangerie mais de façon irrégulière.

### EN DROIT

1. Interjeté dans le délai et la forme prescrits par la loi, l'appel de E\_\_\_\_\_ est recevable (art. 59 LJP).
  
2. Le litige soumis à la Cour d'appel est circonscrit à l'applicabilité de la CCNT aux relations de service 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 leur relation contractuelle 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 attachant à une boulangerie-pâtisserie.
  - 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 attendant 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.

3. a) 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.

Le tribunal des Prud'hommes y a vu une lacune de l'arrêté d'extension du Conseil fédéral du 19 novembre 1998 et a considéré qu'il se justifiait d'appliquer la règle de distinction prévue par la CCNT quand bien même le champ d'application de l'art. 1 al. 1 CCNT n'avait pas été étendu. Cette situation est contestée par l'appelante au terme d'une argumentation qui emporte la conviction de la Cour d'appel.

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, ainsi que le prétend le Tribunal des Prud'hommes, s'agir d'une lacune et admettre cette lacune 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.

**b)** 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 (28% 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 été échappée à l'office de contrôle de la CCNT qui, par décision du 20 octobre 2005, a exempté l'entreprise E\_\_\_\_\_ à 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.

C'est ainsi à tort que le Tribunal des Prud'hommes a considéré que le litige devait être examiné à la lumière des dispositions de la CCNT. Seule la convention collective de travail de la boulangerie-pâtisserie-confiserie artisanale (CCT) est applicable aux relations de service entre les parties, E\_\_\_\_\_ étant membre de l'association suisse des patrons boulangers-pâtisseries, signataire de la convention. De plus, en l'application de l'art. 356 b al. 1 CO, les parties ont choisi contractuellement de se soumettre à la CCT.

c) Les différences de salaire invoquées dans le jugement entrepris au motif de d'une application de la CCNT aux rapports de service ne peuvent dès lors être retenues par la Cour d'appel. S'agissant du salaire, l'employée a perçu une rémunération conforme à la CCT de telle sorte qu'elle ne saurait prétendre à un complément de salaire basé sur une CCNT inapplicable au litige. C'est ainsi à tort que le Tribunal des Prud'hommes a retenu qu'elle pouvait recevoir de ce chef une différence de salaire de 337.50 fr.

Le même raisonnement s'applique pour la rémunération des heures supplémentaires invoquées par l'employée. Ses heures supplémentaires lui ont été payées en application des dispositions de la CCT de telle sorte qu'une rémunération complémentaire, au motif d'une application de la CCNT, ne peut être retenue en l'espèce.

Le jugement sera donc réformé sur ce point.

4. A l'instar du Tribunal, la Cour d'appel considérera que l'employeur reste tenu envers l'employée du versement d'une somme de 59.60 fr. retenue à tort. Le jugement du Tribunal sera donc confirmé sur ce point, la Cour d'appel ne pouvant prendre en considération l'exception de compensation soulevée par l'appelante qui n'a pas démontré qu'elle disposait contre son employée d'une créance en indemnisation pour vacances indues prises par le travailleur.

De plus, dans la mesure où c'est l'employeur qui a mis fin aux rapports de service, il ne peut demander le remboursement des vacances prises en trop (Aubert, le droit des vacances, in Journée 1990 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1990, p. 134-135). L'employeur qui a permis une prise de vacances en trop est réputé avoir accepté tacitement de conserver le travailleur à son service assez longtemps pour que cette période excédentaire de vacances soit absorbée dans la durée finale des rapports de travail. La partie qui viole cet engagement en supporte les conséquences et prend en charge l'excédent de vacances, sauf si la résiliation est imputable au travailleur (Cerottini, le droit aux vacances, thèse Lausanne 2001, p. 324-325).

5. Le jugement entrepris a condamné l'employeur à délivrer à l'employée un certificat de travail faisant état d'une fonction de serveuse responsable et ne mentionnant pas le motif du licenciement. E\_\_\_\_\_ appelle partiellement cette partie du dispositif en relevant que l'employée n'exerçait pas une fonction de serveuse responsable.

a) Le travailleur peut demander en tout temps à l'employeur un certificat portant sur la nature et la durée des rapports de travail ainsi que sur la qualité de son travail et sa conduite (art. 330 a CO). Le contenu du certificat doit être exact, c'est-à-dire être conforme à la réalité et complet. Le certificat de travail doit comporter une description précise et détaillée de l'activité exercée et des fonctions occupées dans l'entreprise, l'état du début et de la fin du travail, une appréciation de la qualité du travail effectué ainsi que celle relative à l'attitude du travailleur dans l'entreprise (SARB 1999 p. 675 ; JAR 1998 p. 167 ; Stachelin/Vischer, Commentaire zurichois, No. 10 ad art. 330 a CO).

b) En l'espèce, le certificat de travail du 1<sup>er</sup> juin 2005 mentionne différentes tâches exercées par l'employée, soit le conseil et la vente à la clientèle, la prise de commandes, la mise en place de la marchandise et la gestion de sa caisse. Le certificat de travail ne fait pas mention d'une activité de serveuse responsable désignée par le témoin B\_\_\_\_\_. S'il est difficile de retenir de ce témoignage un véritable statut de responsable au sens de la CCT, il n'empêche que le témoin a fait état de diverses activités de T\_\_\_\_\_ qui ne sont pas reprises dans le certificat de travail établi le 1er juin 2005 qui est ainsi incomplet puisqu'il ne rapporte que certaines tâches de l'employée. Le certificat de travail devra ainsi mentionner les activités de l'employée liées aux commandes de stock auprès des fournisseurs et à l'établissement du planning de prise de travail.

Ces éléments devront ainsi figurer dans un nouveau certificat de travail que l'employeur devra remettre à l'intimée. Ce nouveau certificat ne devra pas mentionner le motif du licenciement, E\_\_\_\_\_ ayant acquiescé à cette situation.

**PAR CES MOTIFS**

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

**A la forme :**

- Déclare recevable l'appel interjeté par E\_\_\_\_\_ SA contre le jugement du Tribunal des Prud'hommes du 13 juillet 2006 rendu dans la cause C/26863/2005-2.

**Au fond:**

- Annule ce jugement

**Statuant à nouveau :**

- Condamne E\_\_\_\_\_ SA à verser à T\_\_\_\_\_ la somme nette de 59.60 fr. avec intérêts 5% dès le 1<sup>er</sup> mai 2005.
- Condamne E\_\_\_\_\_ SA à établir en faveur de T\_\_\_\_\_ un certificat de travail dans le sens du considérant No 5b du présent arrêt.
- Déboute les parties de toute autre conclusion.

La greffière de juridiction

Le président