



Madame T____

E____
Dom. élu : _____
Mme _____

Case postale ____
1211 GENEVE ____

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 27 avril 2010

Mme Florence KRAUSKOPF, présidente

MM. Daniel CHAPELON, Urs HANNI, juges employeurs

MM. Max DETURCHE, Besim MAREVCI, juges salariés

Mme Aline MEIER, greffière d'audience

EN FAIT

A.a E___ est une société anonyme sise à Genève, dont le but social consiste notamment en des activités dans le domaine de la restauration. En particulier, elle exploite des points de vente sous l'enseigne "A___ " dans lesquelles elle vend des boissons, sandwiches, paninis, croissants et autres viennoiseries.

Son administrateur unique est C___, avocat à Genève.

b. Par contrat de travail du 1er juin 2005, E___ a engagé T___ en qualité de serveuse-vendeuse pour un salaire mensuel brut de 3'360 fr. servi douze fois l'an. L'horaire de travail contractuel était de 44 heures par semaine.

Ce contrat a pris fin le 31 août 2005.

c. En août 2006, T___ a, à nouveau, travaillé au service de E___ avec un statut d'auxiliaire. Elle était rémunérée à raison de 18 fr. de l'heure. Dès le 1er septembre 2006, elle a une nouvelle fois été engagée, toutefois en qualité de serveuse-vendeuse. Le temps de travail était fixé à 44 heures hebdomadaires et le salaire mensuel brut était de 3'360 fr., porté à 3'450 fr. dès le 1^{er} février 2007.

d. Selon les fiches de salaire remises à l'employée, elle a accompli les heures supplémentaires suivantes: 1h00 en septembre et 4h30 en décembre 2006 ainsi que 2h00 en janvier et 4h00 en février 2007. Ces heures ont été rémunérées au tarif horaire de 18 fr.

e. Au 1er janvier 2007, T___ disposait, en plus de son droit aux vacances pour l'année en cours, d'un solde de trois jours de vacances non pris en 2006.

En 2007, la travailleuse a pris des vacances du 26 mars au 8 avril 2007 et du 23 au 31 juillet 2007.

f. Le contrat de travail a pris fin le 31 juillet 2007, à l'initiative de l'employée qui l'a résilié courant juin 2007.

g. Suite à une dénonciation du Syndicat interprofessionnel des travailleurs (ci-après SIT), la Commission paritaire professionnelle du commerce de détail a rendu une décision en date du 2 novembre 2007 par laquelle elle a condamné E___ à une amende de 6'000 fr. pour violation de la convention collective cadre du commerce

de détail (ci-après CCT-cadre). Un délai lui était imparti pour mettre les contrats de travail de son personnel de vente en conformité avec la convention précitée.

En date du 15 avril 2008, la Chambre des relations collectives de travail (ci-après CRCT) a rendu une décision sur recours de E___. Le conflit résidait dans la question de savoir si la CCT-cadre s'appliquait aux points de vente exploités par E___ ou si, au contraire, l'employeur avait raison de soutenir que ces points de vente devaient être assimilés à des kiosques et, par conséquent, étaient exclus du champ d'application de la CCT-cadre.

Dans sa décision, la CRCT se prononce ainsi : "La Chambre considère ainsi que les points de vente A___ doivent bel et bien être considérés comme des boulangeries-pâtisseries et non comme des kiosques. Comme E___ le relève elle-même, elle n'est pas soumise à la convention collective nationale en matière de boulangerie-pâtisserie, ne faisant pas partie d'une organisation signataire et ne l'ayant pas même signée. Il en résulte que le personnel de vente travaillant dans les points de vente A___ appartenant à E___ est soumis à la CCT-cadre".

Cette décision n'a pas fait l'objet d'un recours et est devenue exécutoire.

- h.** Par courrier du 20 décembre 2007, T___ a exposé qu'elle avait effectué un horaire de 46h30 par semaine, ce qui était contraire à la CCT-cadre qui prévoyait un horaire hebdomadaire de 42 heures et un salaire mensuel de base de 3'500 fr. en 2006 et de 3'560 fr. en 2007. Ainsi, son ancien employeur restait lui devoir la somme de 2'680 fr. à titre de différence entre le salaire versé et le salaire dû. Elle réclamait également 822 fr. à titre d'indemnité pour solde de vacances (5 jours) non prises en nature.

E___ a contesté que la CCT-cadre soit applicable. Les prétentions de T___ étaient donc mal fondées. Par ailleurs, il était contesté que l'employée ait disposé d'un solde de vacances au terme du contrat, précision étant faite que le bulletin de salaire affichait systématiquement le droit aux vacances pour l'année civile en cours. Toutefois, dans la mesure où l'employée n'avait pas travaillé toute l'année 2007, le solde de vacances indiqué sur sa fiche de salaire était forcément erroné.

- i.** Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 12 mars 2008, T___ a assigné E___ en paiement de 665 fr. à titre de différence de salaire 2006, 2'808 fr. à titre de paiement des heures supplémentaires 2006, 2'444 fr. à titre de différence de salaire et heures supplémentaires 2007 et 670 fr. à titre d'indemnité pour vacances non prises en nature, les sommes précitées portant inté-

rêts à 5% dès le 31 juillet 2007. L'employée a également conclu à la délivrance d'un certificat de travail.

L'employeur a conclu préalablement à la suspension de la procédure dans l'attente de la décision de la CRCT. Au fond, il a conclu principalement au déboutement de sa partie adverse et réclame, reconventionnellement, 466 fr. 20, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 31 juillet 2007, à titre de salaire pour des jours de vacances pris en trop. Puisqu'il ressortait de la décision du 15 avril 2008 de la CRCT que les points de vente "A___" devaient être considérés comme des boulangeries et puisqu'elle avait reçu un e-mail du Secrétariat d'Etat à l'économie, selon lequel "les entreprises de boulangerie qui confectionnent des articles de boulangerie à partir de produits préfabriqués tombent sous le coup des dispositions spéciales de l'art. 27 OLT 2, l'exception de l'art. 4 CCT-cadre lui était applicable s'agissant des horaires de travail. Elle avait par conséquent le droit d'employer des personnes selon un horaire hebdomadaire de 44 heures.

En 2007, il était vrai que l'employée n'avait pas reçu entièrement le salaire dû. Toutefois, au vu de la demande reconventionnelle, cette somme n'était pas due à l'employée. Les heures supplémentaires accomplies avaient déjà été payées. S'agissant de la demande reconventionnelle, l'employée avait bénéficié de 3.33 jours de vacances en trop. Par conséquent, elle restait lui devoir 466 fr. 20.

- j.** Par plis du 28 avril 2008, le greffe de la Juridiction des prud'hommes a convoqué les parties pour une audience du Tribunal devant se tenir le 3 juin 2008. Sur requête de l'ex-employée, alors enceinte, dont le terme de la grossesse était prévu pour le 3 juin 2008, cette audience a été annulée puis reportée au 24 juin 2008, ce dont les parties ont été informées par plis du 16 mai 2008.
- k.** Par lettre du 18 mai 2008, l'employeur a sollicité le report de l'audience au motif que "aucun représentant de la société ne pouvait comparaître à cette date", ce d'autant plus qu'elle avait pris des dispositions pour être présente à l'audience fixée initialement au 3 juin 2008.

Le 3 juin 2008, le greffe a répondu qu'il ne pouvait donner une suite favorable à la demande de report d'audience dès lors qu'aucune précision ni justificatif ne lui avaient été donnés pouvant attester de l'impossibilité de la société défenderesse à comparaître à l'audience et compte tenu de la teneur de l'art. 13 LJP prévoyant la possibilité pour la société de se faire représenter par un membre de son personnel, dûment muni des pouvoirs nécessaires pour transiger. L'audience était donc maintenue.

Le 6 juin 2008, la société a sollicité à nouveau le renvoi de l'audience, en communiquant la copie de la réservation d'un billet d'avion pour Beyrouth au nom de B___, non inscrit au Registre du commerce, attestant d'un départ de Genève à 11h45 le 23 juin et un retour à Genève le 3 juillet 2008.

- I. A l'audience du Tribunal du 24 juin 2008, la société n'était pas représentée.
- B. Le 4 août 2008, le Tribunal a rendu un jugement par défaut, condamnant l'employeur à verser à son ancienne employée la somme de 6'587 fr. brut, avec suite d'intérêts, et à lui délivrer un certificat de travail complet.
- C. Dans le délai utile, l'employeur a formé opposition au défaut, expliquant ne jamais avoir reçu de nouvelles du greffe à la suite de son envoi des pièces justificatives relatives à l'absence de B___ de Genève à la date de l'audience. Par conséquent, il estimait que la somme de 1'000 fr. acquittée pour relever le défaut devait lui être restituée. Sur le fond, elle reprenait les conclusions de son mémoire de réponse.
- D. Lors de l'audience du 30 septembre 2008, les parties ont confirmé leurs conclusions.

La demanderesse a contesté les prétentions reconventionnelles de son ancien employeur, affirmant avoir bénéficié des vacances auxquelles elle avait droit. Elle confirmait avoir travaillé à raison d'un horaire hebdomadaire de 46 heures 30 dès lors qu'elle avait dû travailler en moyenne un samedi sur deux. La défenderesse a indiqué que lorsque son employée avait travaillé le samedi, elle avait été rémunérée en sus. La demanderesse a indiqué que le point de vente où elle avait travaillé comptait trois employés et qu'elle ne prenait qu'une pause de 30 minutes dans une journée.

La défenderesse a ajouté avoir remis un certificat de travail à son ancienne employée. Cette dernière en a reçu une copie à l'audience et a indiqué en accepter la teneur.

- E. Le Tribunal a retenu, dans son jugement sur opposition du 17 novembre 2009, qu'il n'y avait pas lieu de suspendre la procédure, la décision de la CRCT étant devenue définitive. Par ailleurs et conformément à cette décision, il convenait

d'appliquer la CCT-cadre à la relation ayant lié les parties. Il a ensuite calculé tant le rattrapage de salaire que la rémunération des heures supplémentaires dus en l'application de cette convention. En outre, il a constaté que l'employée avait bénéficié de 2.34 jours de vacances en trop, qu'elle devait indemniser à hauteur de 383 fr. Partant, la société restait devoir la somme brute de 2'613 fr. 95 avec intérêts à 5% l'an dès le 31 juillet 2007. Enfin, il a estimé que l'émolument de 1'000 fr. restait acquis à l'Etat.

- F. Par acte expédié le 28 décembre 2009, E___ appelle de ce jugement, reçu le 25 novembre 2009, dont elle demande l'annulation, sous réserve de la condamnation de l'employée à lui verser 383 fr. Elle réclame la restitution de l'émolument de 1'000 fr.

T___ conclut au rejet de l'appel, qu'elle estime téméraire.

Lors de l'audience du 20 avril 2010, les parties ont persisté dans leurs conclusions. Leurs arguments en appel seront examinés ci-après dans la mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

1. Formé dans le délai et la forme prévus par la loi, l'appel est recevable (art. 59 de la Loi sur la juridiction des prud'hommes, ci-après LJP; art. 29 LPC).
2. L'appelante se plaint en premier lieu du fait que l'émolument de 1'000 fr. relatif à l'opposition à défaut ait été mis à sa charge. Elle expose que le greffe n'avait pas répondu à son second courrier sollicitant le renvoi de l'audience du 24 juin 2008. Son défaut ne pouvait ainsi lui être reproché.
 - 2.1 Le Tribunal a retenu que le greffe de la Juridiction des prud'hommes n'avait pas donné d'autre avis aux parties que celui selon lequel l'audience du 24 juin 2008 était maintenue, même après que l'appelante avait tenté de faire déplacer l'audience en lui adressant les réservations de B___ . En particulier, l'employeur ne

pouvait se contenter d'envoyer des justificatifs relatifs au voyage à l'étranger de B___ sans pour autant justifier, comme cela le lui avait également été demandé initialement, de son incapacité à se faire représenter par quelqu'un d'autre que le précité, et partir de l'idée que l'audience était annulée. Au demeurant, il n'était pas compréhensible que l'employeur, ou sa protection juridique, n'ait pas pris soin de s'assurer, même téléphoniquement, auprès du greffe que l'audience avait été déplacée puisqu'aucun avis d'annulation de l'audience ne lui était parvenu, contrairement à ce qui est usuellement le cas et comme cela fut le cas de l'annulation de l'audience initialement prévue pour le 3 juin 2008. Par ailleurs, l'appelante n'avait pas allégué, ni même démontré que son administrateur ne pouvait se rendre à l'audience, en lieu et place de B___ . Dans ces circonstances, l'émolument de 1'000 fr. dont elle s'est déjà acquittée devait rester à sa charge.

- 2.2 Ce raisonnement ne prête pas le flanc à la critique. En effet, l'opposant, qui ne justifie pas d'un motif d'absence valable, peut se voir mettre à sa charge tout ou partie des frais d'audience causés par son défaut, même s'il obtient gain de cause sur le fond (art. 37 al. 7 LJP). En l'espèce, le greffe avait répondu à l'appelante, le 3 juin 2008, que l'audience était maintenue, celle-ci ne démontrant pas en quoi son représentant était empêché, ni qu'aucun membre du personnel ne pouvait la représenter. Le 6 juin 2008, l'appelante a fait parvenir au greffe copie de la réservation du billet d'avion d'un de ses employés, en faveur de qui une procuration avait été établie. Elle n'a cependant pas expliqué pourquoi ni son administrateur ni aucun autre employé ne pouvait se rendre à l'audience du 24 juin 2008. Il semble, certes, que l'appelante n'ait pas reçu de réponse à son courrier du 6 juin 2008. L'absence de réponse ne l'autorisait toutefois pas de considérer que l'audience était reportée. Enfin, l'appelante n'explique pas non plus en appel pourquoi seul B___ aurait pu la représenter ni n'expose que son administrateur était également indisponible le 24 juin 2008. Partant, son défaut à l'audience du 24 juin 2008 n'était pas justifié par un motif valable, de sorte que les frais engendrés par son défaut - dont le montant n'est pas contesté - pouvaient être mis à sa charge.
3. Le second grief de l'appelante se rapporte au droit applicable aux heures de travail hebdomadaire de l'intimée. L'appelante soutient que, conformément à la décision de la CRCT, les relations contractuelles entre les parties étaient régies par la Convention collective cadre dans le commerce de détail (ci-après: CCT-cadre). Celle-ci prévoit toutefois une exception, à son art. 4.1. relatif à la durée du travail, en faveur, notamment, des boulangeries. Dès lors qu'elle n'est pas soumise à la convention nationale en matière de boulangerie-pâtisserie, la Loi sur le travail détermine

les heures hebdomadaires. Celle-ci fixant à 44 heures par semaine la durée du travail, l'intimée ne pouvait prétendre à la rémunération d'heures ne dépassant pas ce nombre,

- 3.1** L'intimée soutient que cette argumentation est téméraire.
- 3.2** La CRCT a estimé que les points de vente de l'appelante devaient être considérés comme des boulangeries-pâtisseries. L'appelante n'étant pas soumise à la convention collective nationale en matière de boulangeries-pâtisseries, son personnel de vente travaillant dans ses points de vente était soumis à la CCT-cadre du commerce de détail. Il n'y a pas de raison de s'écarter de cette appréciation, au demeurant plus contestée par les parties. Contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal, la CRCT n'a pas précisé que l'exception de l'art. 4.1 de la CCT-cadre précitée n'était pas applicable à l'appelante. La CRCT a indiqué qu'elle n'était pas en mesure d'examiner si les contraventions reprochées à l'appelante, notamment s'agissant des horaires de travail et de la rémunération de son personnel, étaient établies ou non, compte tenu de l'insuffisance de la décision sanctionnant l'appelante.

Il convient ainsi d'examiner si l'appelante peut se prévaloir de l'exception prévue au chiff. 4.1 de l'art. 4 de la CCT-cadre. Cette disposition, intitulée "Durée du travail", se lit comme suit dans sa teneur en vigueur dès le 1^{er} janvier 2007: "La durée du travail est fixée à 42 heures maximum au poste de travail, répartie sur cinq jours au maximum; sont réservées les exceptions prévues pour les boulangeries, pâtisseries, confiseries et les commerces soumis à une obligation légale de service de garde, pour l'accomplissement de ce service". Avant le 1^{er} janvier 2007, l'exception ne concernait que les boulangeries, pâtisseries et confiseries. Dans les deux cas, les boulangeries bénéficiaient d'une exception. Les deux CCT-cadre ne précisent cependant pas le régime applicable aux employés tombant sous le coupe de l'exception de l'art. 4.1. Se pose ainsi la question de savoir si l'exception doit être interprétée comme un renvoi aux dispositions spéciales contenues dans la Convention collective de travail de la boulangerie-pâtisserie-confiserie artisanale suisse (CCT-NAT) ou si, comme le soutient l'employeur, qui n'est pas lié par la convention précitée, les règles de la LTr sont applicables.

Selon la CCT-NAT en vigueur durant les rapports de travail de l'intimée, la durée normale du temps de travail de la semaine était de 42 heures. Cependant, "dans les entreprises soumises à de fortes fluctuations saisonnières et en cas de besoins réputés indispensables, il est possible, mais uniquement si les employés concernés ont donné leur consentement et s'ils disposent d'un contrat individuel de travail, de convenir d'un temps de travail atteignant la durée maximum de la semaine de travail, aux termes de l'art. 9, 1^{er} al. LTr. Les salaires tarifaires, ou les salaires con-

venus contractuellement, doivent être augmentés en conséquence: chaque heure dépassant les 42 heures hebdomadaires donne donc droit à une augmentation de quelque 2,38%".

L'art. 9 LTr prévoit une durée maximale de la semaine de travail de 45 heures pour le personnel de vente. Des dispositions spéciales peuvent déroger aux règles sur la durée du travail et du repos pour certaines catégories d'entreprises ou de travailleurs (cf. art. 27 al. 1 aLTr). De telles prescriptions sont prévues pour les boulangeries, pâtisseries et confiseries (cf. art. 70 ss de l'Ordonnance 2 du 14 janvier 1966 concernant l'exécution de la loi sur le travail; RO 1966 p. 119 ss; ci-après : aOLT2), mais elles ne concernent pas la durée maximale du temps de travail prévue à l'art. 9 aLTr, sous réserve du déplacement des limites du travail de jour en cas de difficultés d'exploitation (cf. art. 71 al. 2 aOLT2). La réglementation conventionnelle diffère ainsi de la légale.

Certes, il est possible que l'intention des partenaires sociaux ayant rédigé la CCT-cadre était de renvoyer aux réglementations collectives prévues pour les boulangeries, pâtisseries et confiseries. Dès lors toutefois qu'il existe également des dispositions spéciales dans la LTr et l'OLTr pour les boulangers, il ne peut être exclu que les partenaires sociaux aient également eu à l'esprit ces règles-là. Quoi qu'il en soit, l'exception de l'art. 4.1 de la CCT-cadre doit tenir compte de la volonté des parties au présent litige. Le dossier ne comporte à cet égard pas beaucoup d'éléments d'interprétation. Le contrat de travail renvoie au droit suisse, et il n'est pas allégué que des discussions auraient eu lieu à ce sujet lors de la conclusion du contrat. En revanche, l'employeur n'est pas lié par la CCT-NAT et ne l'a jamais prétendu. Il semble, au contraire, expressément avoir choisi de ne pas être lié par cette convention. L'intimée, quant à elle, n'apporte pas d'éléments d'interprétation. Vu que l'employeur n'a pas voulu se soumettre à la réglementation de la CCT-NAT, il convient de retenir qu'il a souhaité que le contrat soit soumis aux règles légales ordinaires, ce qui ressort d'ailleurs du contrat de travail. L'intimée devait également comprendre ledit contrat comme l'expression de la volonté de ne pas être lié par des règles établies par les partenaires sociaux, mais par celles du législateur fédéral. Partant, il convient de se référer à la LTr pour déterminer la durée hebdomadaire du temps de travail. Celle-ci étant de 45 heures (art. 9 LTr.), seules les heures allant au-delà de ce nombre doivent être considérées comme des heures supplémentaires.

Le Tribunal a retenu que l'intimée avait accompli 78 heures supplémentaires (à indemniser à hauteur de 1'908 fr. 60) pendant la durée des rapports de travail, du fait que ses horaires hebdomadaires avaient été répartis sur 44 heures au lieu de 42

heures. Dès lors qu'il ne s'agit pas d'heures supplémentaires au sens de l'art. 9 LTr, le jugement sera annulé sur ce point.

Les autres points du jugement ne sont soit pas affectés par la détermination des heures supplémentaires, soit pas contestés, sous réserve de l'émolument d'opposition à défaut, qui a fait l'objet du considérant 2 ci-dessus. Partant, la somme due par l'appelante à l'intimée se monte à 705 fr. 35 fr. (2'613 fr. 95 (montant total retenu par le Tribunal) - 1'908 fr. 60 (heures supplémentaires contestées)).

4. Compte tenu de la valeur litigieuse, il n'y a pas lieu de percevoir un émolument d'appel (art. 60 al. 1er LJP).

PAR CES MOTIFS,

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

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par E___ contre le jugement TRPH/755/2009 prononcé le 17 novembre 2009 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/5500/2008-2.

Au fond :

Admet l'appel et annule le chiffre 5 du dispositif du jugement attaqué.

Statuant à nouveau sur ce point:

5. Condamne E___ à verser à T___ la somme brute de 705 fr. 35 (sept cent cinq francs trente-cinq centimes) plus intérêts moratoires de 5% l'an à compter du 31 juillet 2007.

Confirme le jugement attaqué pour le surplus.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Le greffier de juridiction

La présidente