

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N°108/24 - VIII - TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail

Audience publique du cinq décembre deux mille vingt-quatre

Numéro CAL-2023-00051 du rôle

Composition:

Elisabeth WEYRICH, président de chambre,
Yola SCHMIT, premier conseiller,
Laurent LUCAS, conseiller,
Amra ADROVIC, greffier.

Entre :

PERSONNE1.), demeurant à F-ADRESSE1.),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg du 14 décembre 2022,

comparaissant par Maître Frédéric KRIEG, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et :

la société anonyme SOCIETE1.) (SOCIETE1.), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimé aux fins du susdit exploit KURDYBAN,

comparaissant par Maître Romain ADAM, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

Suivant contrat de travail à durée indéterminée du 29 mars 2005, PERSONNE1.) a été engagée comme « *Chargé de Projets Spéciaux* » par la société anonyme SOCIETE1.) (SOCIETE1.) (ci-après la société SOCIETE1.) avec effet au 1^{er} juin 2005. Aux termes de ce contrat, PERSONNE1.) a été classé dans le groupe VI de la convention collective de travail des salariés de banque (ci-après la convention collective). Suivant avenant au prédit contrat de travail, signé entre parties le 1^{er} mars 2016 et ayant pris effet le 1^{er} avril 2016, PERSONNE1.) a pris la fonction de « *Responsable Service Production* » et a, aux termes de l'article 5 du susdit avenant, été « *classé hors Convention Collective de travail des Salariés de Banque* ».

Contestant avoir eu la qualité de cadre supérieur et estimant avoir été classé, à tort, hors convention collective avec effet au 1^{er} avril 2016, de sorte que les avantages financiers, résultant de l'application de la convention collective, devraient continuer à lui être appliqués, PERSONNE1.) a, par requête du 24 juin 2019, fait convoquer la société SOCIETE1.) devant le tribunal du travail de Luxembourg pour la voir condamner à lui payer 26.931 euros au titre de primes de conjoncture, 8.653,32 euros au titre de garantie conventionnelle liée à l'ancienneté, 2.444,55 euros au titre de la différence de salaire entre la rémunération de base revenant au salarié du groupe VI et la rémunération de base réellement perçue, 3.757,68 euros au titre d'heures supplémentaires, 2.175 euros au titre de prime de signature, 18.907,32 euros au titre de prime de fidélité, 11.520,92 au titre d'augmentation de salaire due en cas de changement de groupe, 10.000 euros au titre de réparation du dommage moral, et 10.368 euros au titre d'arriérés de salaire équivalant à la valeur nette des chèques repas, ces sommes avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde. Il a encore demandé à voir enjoindre à la société SOCIETE1.) de lui communiquer des fiches de salaire rectifiées se rapportant aux mois de janvier 2016 à mai 2019, ainsi que les certificats de rémunération afférents aux années 2016 à 2019, dans un délai de 3 jours à compter du jugement à intervenir, le tout sous peine d'astreinte, ainsi que les relevés des heures travaillées de 2018 à 2021. Il a finalement sollicité une indemnité de procédure de 2.500 euros, la condamnation de la société SOCIETE1.) aux frais

et dépens de l'instance et a demandé à voir ordonner l'exécution provisoire de la décision à intervenir.

La société SOCIETE1.) a contesté l'applicabilité de la convention collective pour PERSONNE1.) au motif qu'il aurait été cadre supérieur. Pour le cas où la convention collective serait applicable, elle a demandé reconventionnellement le remboursement, sinon la compensation des bonus payés à PERSONNE1.) avec la condamnation au paiement des primes de conjoncture.

Par jugement du 28 octobre 2022, le tribunal du travail a, notamment, après avoir dit que PERSONNE1.) a la qualité de cadre supérieur et que la convention collective ne s'applique pas pour lui, déclaré non fondées l'ensemble des demandes indemnitaires de PERSONNE1.), ainsi que la demande tendant à la remise sous peine d'astreinte des fiches de salaire rectifiées et des certificats de rémunération. Le tribunal du travail a finalement débouté les parties de leurs demandes respectives en obtention d'une indemnité de procédure, a dit qu'il n'y a pas lieu à exécution du jugement et a condamné PERSONNE1.) au paiement des frais et dépens de l'instance.

Pour statuer ainsi, la juridiction de première instance, après avoir retenu que PERSONNE1.), ayant accepté la qualité de cadre supérieur, est tenu de rapporter la preuve qu'il ne remplit pas les conditions du cadre supérieur au sens de l'article L.162-8(3) du Code du travail, a décidé que PERSONNE1.) ne prouve pas qu'il ne remplirait pas au moins une des conditions cumulatives fixées par le prédit article.

Par exploit d'huissier de justice du 14 décembre 2022, PERSONNE1.) a régulièrement relevé appel du jugement du 28 octobre 2022, qui lui a été notifié le 8 décembre 2022.

PERSONNE1.) demande, par réformation, à voir dire qu'il ne revêt pas la qualité de cadre supérieur, que l'article 5, alinéa 1, de l'avenant du 1^{er} mars 2016 est nul et à voir condamner la société SOCIETE1.) au paiement de 2.444,55 euros au titre d'arriérés de salaire de base, 17.277 euros au titre de primes de conjoncture, 8.653,32 euros au titre de la garantie conventionnelle liée à l'ancienneté, 3.757,69 euros au titre de paiement d'heures supplémentaires pour les années 2016 et 2017, 2.175 euros au titre de prime de signature, 6.302,44 euros au titre de prime de fidélité, 7.667,38 euros au titre d'augmentation de salaire due en cas de changement de groupe, 10.000 euros au titre de réparation du dommage moral, et 6.912 euros au titre d'arriérés de salaire équivalant à la valeur des chèques repas, montants augmentés des intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde. Il demande encore à voir enjoindre à la société SOCIETE1.) de verser les décomptes mensuels des heures prestées par l'appelant dans le

cadre de l'horaire mobile pour les années 2016, 2017, 2018 et 2019, sinon tout autre document servant à relever et à comptabiliser les heures travaillées par l'appelant. En cas de contestation par la société SOCIETE1.) visant l'évaluation des montants réclamés, PERSONNE1.) demande à voir nommer un expert calculateur. Il réclame finalement une indemnité de procédure de 2.500 euros pour la première instance, une indemnité de procédure de 4.500 euros pour l'instance d'appel, ainsi que la condamnation de la société SOCIETE1.) aux frais et dépens de l'instance.

La société SOCIETE1.) conclut, à titre principal, à la confirmation du jugement déféré. A titre subsidiaire, et dans l'hypothèse où il était fait droit à la demande de PERSONNE1.) relative aux primes de conjoncture, elle demande, à titre reconventionnel, la condamnation de PERSONNE1.) au paiement du montant de 21.000 euros au titre de remboursement des bonus payés au cours des années 2016 à 2019, sinon d'ordonner la compensation de ce montant avec la somme de 17.277 euros demandée par PERSONNE1.) au titre d'arriérés de primes de conjoncture. Elle demande à voir dire non fondée l'injonction adverse demandée par PERSONNE1.) relative aux décomptes mensuels à verser au motif que de tels documents n'existeraient pas et à voir dire irrecevable, sinon non fondée la demande en nomination d'un expert calculateur.

Interjetant appel incident, elle demande, par réformation, de condamner PERSONNE1.) au paiement d'une indemnité de procédure de 1.500 euros pour la première instance.

Elle réclame finalement la condamnation de l'appelant au paiement d'une indemnité de procédure de 3.500 € pour l'instance d'appel ainsi qu'aux frais et dépens des deux instances.

Quant à la charge de la preuve de la qualité de cadre supérieur

Discussion

PERSONNE1.) fait grief au tribunal du travail d'avoir procédé à un renversement de la charge de la preuve en lui imposant d'établir qu'il n'avait pas la qualité de cadre supérieur. Il conteste avoir accepté, expressément ou tacitement, la qualité de cadre supérieur. Aucune correspondance, ni aucun document contractuel émanant de la société SOCIETE1.) ne feraient mention de la notion de cadre supérieur. Il soutient encore, qu'en tout état de cause, n'ayant pas rempli les conditions cumulatives de l'article L.162-8 paragraphe 3 alinéa 3 du Code du travail, il n'aurait pas pu valablement accepter le statut de cadre supérieur et que toute clause contraire serait nulle en application de l'article L.162-8(3) alinéa 5 du Code du travail. Il conclut que dès lors, aucun renversement de la charge de la preuve n'aurait

pu opérer. Il serait finalement de jurisprudence que l'employeur aurait la charge de prouver que son salarié a le statut de cadre supérieur si ce dernier le conteste.

La société SOCIETE1.) conclut à la confirmation du jugement entrepris sur ce point, arguant du fait que PERSONNE1.) aurait signé l'avenant du 1^{er} mars 2016 stipulant clairement qu'il serait classé hors convention collective.

Appréciation

Tel que rappelé à bon droit par le tribunal du travail, l'article L.162-8 du Code du travail dispose que :

« (1) Sont soumises aux dispositions d'une convention collective ou d'un accord subordonné toutes les personnes qui les ont signés personnellement ou par mandataire.

(2) Lorsqu'un employeur est lié par de tels conventions ou accords, il les applique à l'ensemble de son personnel visé par la convention ou l'accord en cause.

(3) Sauf disposition contraire de la convention collective ou de l'accord subordonné, les conditions de travail et de salaire des salariés ayant la qualité de cadres supérieurs ne sont pas réglementées par la convention collective ou l'accord subordonné conclus pour le personnel ayant le statut d'employé. Toutefois, les parties contractantes qualifiées au sens des dispositions qui précèdent peuvent décider de négocier une convention collective particulière pour les cadres supérieurs au sens des dispositions ci-dessus visées.

Sont considérés comme cadres supérieurs au sens du présent titre, les salariés disposant d'une rémunération nettement plus élevée que celle des salariés couverts par la convention collective ou barémisés par un autre biais, tenant compte du temps nécessaire à l'accomplissement des fonctions, si cette rémunération est la contrepartie de l'exercice d'un véritable pouvoir de direction effectif ou dont la nature des tâches comporte une autorité bien définie, une large indépendance dans l'organisation du travail et une large liberté des horaires du travail et notamment l'absence de contraintes dans les horaires.

La convention collective ou l'accord subordonné mentionnent les catégories de personnel non couvertes au sens de la présente disposition.

Sont nulles toutes les clauses d'une convention collective, d'un accord subordonné et d'un contrat de travail individuel prétendant soustraire

aux effets de la convention collective ou de l'accord subordonné applicables des salariés qui ne remplissent pas l'ensemble des conditions fixées à l'alinéa 3 du présent paragraphe.

Par ailleurs, l'ensemble de la législation du travail, y compris en matière de durée de travail et d'heures supplémentaires est applicable aux salariés ne remplissant pas toutes les conditions fixées aux alinéas qui précèdent ».

Il en découle, sauf disposition contraire de la convention collective ou encore de l'existence d'une convention collective spécifique applicable aux seuls cadres supérieurs, hypothèses non remplies en l'espèce, que les conditions de travail et de rémunération des salariés ayant la qualité de cadres supérieurs ne sont pas réglementées par la convention collective.

En outre, il y a lieu de constater que l'article 1^{er} de la convention collective de 2014-2016 exclut expressément de son champ d'application les cadres supérieurs visés par l'article L.162-8 du Code du travail.

Un salarié est ainsi à considérer comme relevant du statut de cadre supérieur, lorsqu'il dispose, notamment, d'un salaire nettement plus élevé que celui des salariés couverts par la convention collective, d'un véritable pouvoir de direction effectif ou dont la nature des tâches comporte une autorité bien définie, d'une large indépendance dans l'organisation du travail et une large liberté des horaires du travail.

Le tribunal a rappelé à juste titre que ces conditions doivent être remplies cumulativement pour se voir attribuer la qualité de cadre supérieur.

En principe, il incombe à l'employeur qui excipe du statut de cadre supérieur d'un salarié, d'établir que les critères précités sont remplis dans le chef de ce salarié.

Cependant, lorsqu'un salarié accepte le statut de cadre supérieur, il lui incombe d'établir, en cas de contestation de sa part, qu'il exerce une fonction qui ne remplit pas les critères légalement prévus.

Si l'article L.162-8 (3) alinéa 5 du Code du travail sanctionne de nullité une clause d'un contrat de travail qui qualifierait de cadre supérieur un salarié qui ne remplirait pas l'ensemble des conditions fixées à l'alinéa 3 de susdit article et ce malgré accord du salarié en ce sens, il n'a cependant pas pour effet, contrairement à l'argumentaire de PERSONNE1.), de mettre en échec le renversement de la charge de la preuve en cas d'un tel accord.

En l'espèce, les parties ont signé le 1^{er} mars 2016 un avenant au contrat de travail, dont l'article 5 alinéa 1^{er} stipule que « [d]e part ses fonctions, le Salarié est classé hors Convention Collective de travail des Salariés de Banque ».

Le tribunal du travail est à confirmer en ce qu'il a retenu que par la signature de cet avenant, PERSONNE1.) a marqué son accord à être qualifié de cadre supérieur.

Tel que relevé encore à juste titre par le tribunal du travail, il appartient en conséquence à PERSONNE1.), qui conteste actuellement son statut de cadre supérieur, d'établir qu'il ne disposait pas d'un véritable pouvoir de direction effectif, d'une indépendance dans son travail, d'une large liberté des horaires de travail et d'une rémunération qui ne correspondait pas à celle d'un cadre supérieur (Cour, 9 février 2023, CAL-2021-00806 du rôle ; Cour, 9 mars 2023, CAL-2021-00901 du rôle ; Cour d'appel, 19 mai 2022, n° CAL-2020-00770 du rôle ; Cour d'appel, 17 février 2022, CAL-2020-00655 du rôle ; CA, 28 avril 2016, n° 41270 du rôle ; CA, 19 avril 2007, n°30831 et 30833).

Quant à la qualité de cadre supérieur de PERSONNE1.)

Tel qu'exposé ci-avant, il appartient à PERSONNE1.) d'établir que les critères légalement prévus pour déterminer la qualité de cadre supérieur ne sont pas réunis dans son chef.

La rémunération

Discussion

PERSONNE1.) fait grief au tribunal d'avoir comparé son salaire, primes discrétionnaires comprises, lesquelles ne feraient suivant avenant du 1^{er} mars 2016 pas partie de la rémunération, avec le salaire de base, hors primes, de la convention collective. Il y aurait dès lors lieu, à des fins comparatives, d'enlever du salaire annuel touché par lui, les primes d'astreinte mensuelles, la rémunération touchée au titre des heures supplémentaires réalisées à la demande de la société SOCIETE1.), ainsi que la prime annuelle versée aux salariés sur base des résultats de la banque. Son salaire de base se serait élevé en 2018 « à quelque 7.600 euros € par mois ». Il résulterait des chiffres avancés par la société SOCIETE1.) qu'en 2018, la rémunération la plus élevée prévue par la convention collective était de 89.954,67 euros pour une période de treize mois, à savoir un salaire mensuel de 6.919,59 euros. Dès lors, il n'aurait pas bénéficié d'une rémunération nettement plus élevée.

La société SOCIETE1.) soutient que PERSONNE1.) aurait touché en 2018 un salaire annuel, hors heures supplémentaires, de 111.754,58

euros, salaire qui dépasserait largement la rémunération annuelle la plus élevée à laquelle un salarié conventionné aurait pu prétendre, à savoir le montant de 89.954,67 euros, auquel serait inclus le treizième mois et la prime de conjoncture maximale.

Appréciation

Tel que relevé à juste titre par le tribunal, PERSONNE1.) ne fournit pas de décompte comparatif permettant de déduire que le salaire qu'il a touché n'est pas nettement supérieur à la rémunération qu'il aurait théoriquement perçue en qualité de salarié conventionné et il ne fournit pas non plus des éléments, tel que des fiches de salaires, permettant de comparer ses rémunérations à celles d'autres salariés conventionnés ayant une ancienneté équivalente. Les seuls développements chiffrés dont PERSONNE1.) se prévaut pour assoir sa thèse que sa rémunération n'aurait pas nettement dépassé celle reçue s'il avait été conventionné se limitent à l'année 2018. A cette fin, les seuls éléments comparatifs versés en cause, sont la convention collective pour l'année 2018 à 2020 ainsi qu'une fiche de salaire annuelle de PERSONNE1.) de l'année 2018.

Aux termes du contrat de travail du 29 mars 2005, PERSONNE1.) était classé dans le groupe VI de la convention collective. On saurait donc légitimement admettre que si PERSONNE1.) avait été soumis à la convention collective en 2018, il aurait été classé au seuil 2 du groupe VI de la convention collective, seuil auquel les deux parties se réfèrent en l'espèce.

Suivant les développements de la société SOCIETE1.), auxquels PERSONNE1.) se réfère, le salaire annuel brut le plus élevé auquel un salarié conventionné, se trouvant au groupe VI seuil 2, pouvait prétendre pour l'année 2018, treizième mois et prime de conjoncture maximale incluse, était de 89.979,66 euros.

Suivant relevé de salaire de l'année 2018, PERSONNE1.) a perçu de la société SOCIETE1.) la somme globale brute de 113.580,07 euros. Il y a lieu d'en déduire, dans un but comparatif, le montant de 1.825,49 euros touché au titre de rémunération d'heures supplémentaires, le montant de 89.979,66 euros n'incluant pas d'heures supplémentaires. Il en va différemment pour les primes d'astreinte et la prime de conjoncture, le montant de 89.979,66 euros incluant le montant maximal de la prime de conjoncture auquel un salarié conventionné pouvait prétendre en 2018. Dès lors, le montant perçu par PERSONNE1.) à prendre en considération pour l'année 2018 correspond à la somme de 111.754,58 euros.

La Cour retient sur base des éléments précités, à l'instar du tribunal, que la rémunération de PERSONNE1.) était nettement plus élevée

que celle des salariés couverts par la convention collective faisant partie du groupe salarial le plus élevé, la différence de salaire correspondant à 21.774,92 euros, soit près de 25 % de la rémunération qu'il aurait théoriquement perçue en qualité de salarié conventionné (Cour, 4 février 2021, Cal-2020-00248 du rôle ; Cour, 9 février 2023, CAL-2021-00806 du rôle)

PERSONNE1.) est dès lors resté en défaut d'établir qu'il n'aurait pas touché une rémunération nettement supérieure à celle des salariés de la société SOCIETE1.) soumis à la convention collective.

Quant au critère du pouvoir de direction effectif ou d'une autorité bien définie

Discussion

PERSONNE1.) conteste avoir disposé d'un pouvoir de direction au sein de la société SOCIETE1.). Il fait valoir n'avoir disposé que d'un pouvoir de signature C à l'instar de son collègue de travail, Monsieur PERSONNE2.), lequel aurait été conventionné. De plus, il figurerait, dans l'organigramme de l'année 2018, « *sur la même ligne que ses deux collègues* » travaillant dans le même département. Il en résulterait que l'organigramme de l'année 2016, dans lequel il figurait devant ses deux collègues de travail aurait été fictif.

La société SOCIETE1.) réplique qu'en « *sa qualité de responsable services production* », PERSONNE1.) aurait pu engager la société SOCIETE1.) et aurait disposé d'un large pouvoir de direction effectif.

Appréciation

Suivant avenant du 1^{er} mars 2016, PERSONNE1.) avait le statut de « *Responsable Service Production* ». Il est constant en cause qu'il disposait d'un pouvoir de signature de « *type C* ». Contrairement aux dires de PERSONNE1.), ce dernier figurait, dans l'organigramme de 2018 en tant que responsable du service « *SYSTEME ET PRODUCTION OPEN* » au-dessus de deux autres personnes. Même s'il est de jurisprudence constante qu'un salarié peut être cadre supérieur, sans qu'il ne dirige une équipe déterminée, (Cour d'appel, 19 avril 2007, n° 30833 du rôle ; Cour d'appel, 28 avril 2016, n° 41270 ; Cour d'appel, 9 février 2023, n° CAL-2021-00806 du rôle), il ressort de ce qui précède que les deux collègues de travail de PERSONNE1.) étaient « *sous ses ordres* » et que les fonctions lui attribuées en tant que responsable de ce service impliquaient donc un certain pouvoir de supervision et des responsabilités.

Ayant la charge de la preuve, PERSONNE1.) ne se prévaut d'aucun élément probant duquel il ressortirait que la nature des tâches qui lui

incombaient ne comportaient pas un pouvoir de direction effectif ou une autorité bien définie au sens de l'article L.162-8(3) du Code du travail

Quant à l'organisation du travail et aux horaires

Discussion

PERSONNE1.) donne à considérer qu'il ressortirait de son contrat de travail que son horaire de travail pourrait varier selon les besoins du service, qu'il pourrait s'étendre au sein de plages horaires de jour et/ou de nuit et qu'il accepterait de travailler aux horaires indiqués par son employeur. Il n'aurait bénéficié d'aucune indépendance dans l'organisation de son travail laquelle aurait été dépendante de facteurs extérieurs. Ainsi il aurait dû être présent, selon le planning des horaires « *imposés et diffusés par le N+1* » de la société SOCIETE1.), de 7 heures à 16 heures, une semaine sur trois, et de 9 heures à 18 heures, une semaine sur trois. S'il était donc en théorie libre la troisième semaine, il aurait cependant été amené à compenser les absences pour congés de ses deux collègues de travail, de sorte à n'avoir bénéficié en réalité que d'une semaine par année sans horaires. Il explique encore que les « *problèmes et incidents* » étaient encodés dans un logiciel dénommé « *Jira* » et qu'il était tenu de « *s'assigner des tickets relevant du service production* », de sorte à impacter sur l'organisation du travail. Finalement le suivi de projets, lesquels leurs auraient été assignés par le responsable hiérarchique, lui imposaient une « *organisation du travail particulière et contraignante* ». Il donne finalement à considérer que certains projets ou interventions demandés par la société SOCIETE1.) « *le week-end ont fait l'objet d'heures supplémentaires à 120%* ». Or, le paiement d'heures supplémentaires serait la preuve qu'il n'avait pas le statut de cadre supérieur.

La société SOCIETE1.) conclut à la confirmation du jugement entrepris et soutient que si PERSONNE1.), comme chaque cadre, aurait été tenu d'assumer des responsabilités et de traiter parfois des urgences, il aurait cependant été très libre dans l'organisation de son temps de travail. Elle souligne encore que ses salariés ne pointeraient pas leurs heures de travail à travers un système de pointage et que la gestion du temps de travail serait réglé par un règlement interne dénommé « *Modalité de gestion des temps* », privilégiant la flexibilité, ainsi que par un document intitulé « *Politique des heures supplémentaires* ». En vertu de ces documents, les cadres supérieurs, pourraient exceptionnellement se voir rémunérer des heures supplémentaires avec un supplément de 20%. Il s'agirait d'un « *avantage extralégal* » accordé par la société SOCIETE1.) aux cadres supérieurs, lequel ne constituerait pas un aveu que leur

employeur les aurait considérés comme soumis à la convention collective.

Appréciation

C'est à bon droit que le tribunal a retenu que si l'article L. 121-4. (2) du Code du travail prévoit certes diverses mentions obligatoires quant à l'organisation du travail, de telles dispositions dans le contrat de travail ne suffisent néanmoins pas à établir l'absence d'autonomie et d'indépendance dans l'organisation du travail et de ses horaires de travail par PERSONNE1.).

Concernant les permanences et astreintes dont PERSONNE1.) se prévaut pour conclure au manque de liberté dans l'organisation de son travail, il y a lieu de relever à titre liminaire qu'il omet de verser le planning de l'ensemble des mois visés par la période litigieuse et se limite à ne produire que le planning de certains mois de la période visée par sa demande.

S'il résulte certes des quelques plannings de mois versés en cause que PERSONNE1.) assumait, à l'instar de ses deux collègues de travail dont les initiales étaient « LCO » et « OWI », régulièrement des permanences en semaine ainsi que des astreintes la nuit/weekend, il n'en ressort cependant pas qu'il était tenu d'assumer le même nombre d'astreintes et de permanences que ses deux collègues de travail qui se trouvaient sous ses ordres. Ainsi, à titre d'exemple, il n'était, contrairement à ses collègues de travail, lors du mois d'avril 2019 de permanence que pendant une seule semaine et lors du mois de novembre 2019, il n'avait assumé que trois jours de permanence.

Or, au vu de la petite taille du département dans lequel il travaillait et du type de travail réalisé, à savoir dans le domaine de l'IT, le fait de devoir assumer certaines permanences en semaine ainsi que des astreintes la nuit et les fins de semaines, doit être considéré comme faisant partie intégrante du travail d'un salarié, même s'il a le statut de cadre supérieur, et ne permet pas de conclure à une absence d'autonomie et d'indépendance dans l'organisation du travail et des horaires de travail.

Il en va de même pour l'obligation d'intervenir en cas « *d'incidents* » ou de de suivre « *des projets* », ce qui fait partie intégrante de la fonction de salarié dans un département d'IT et ce indépendamment du statut dont jouit le salarié. Même si son travail requérait une « *organisation du travail particulière et contraignante* », PERSONNE1.) n'établit pas en quoi sa charge de travail aurait

impacté son indépendance dans l'organisation du travail et de ses horaires de travail.

Il importe encore de relever qu'il ne ressort pas des pièces versées en cause par PERSONNE1.) qu'il n'aurait bénéficié en réalité que d'une semaine par année au cours de laquelle il n'aurait pas eu « *d'horaires imposés* », de sorte que ses affirmations y relatives restent à l'état de simples allégations. Il ressort, contrairement aux affirmations de PERSONNE1.), des plannings de travail versés en cause que lorsqu'un des collègues de PERSONNE1.) était en congé, il était régulièrement remplacé non pas par PERSONNE1.), mais par un salarié de la société SOCIETE1.) dont les initiales étaient « CC ». PERSONNE1.) disposait dès lors de nombreuses semaines par année lors desquelles il était, selon ses propres dires, tenu à aucun horaire imposé, ce qui est d'autant plus vrai qu'il ne devait pas, à l'instar des autres salariés de la société SOCIETE1.), pointer.

Dès lors, PERSONNE1.), ayant la charge de la preuve, n'établit non plus ne pas avoir disposé d'une indépendance dans son travail ou d'une large liberté des horaires de travail.

Finalement, concernant le paiement des heures supplémentaires, il y lieu de préciser que si l'article 3 du document intitulé « *Politique des Heures Supplémentaires* » prévoit que « *les conditions de récupération et de rétribution des heures supplémentaires ne s'appliquent pas aux cadres supérieurs (fonctions classées hors convention collective de niveau Manager et senior Manager)* », l'article 5 du même document stipule que « *les Managers et Senior Managers qui, à la demande expresse de l'Employeur, prestent des heures un jour férié/week-end sont rémunérés à 120 %. La rémunération peut prendre la forme de récupération ou de paiement* ». Le tribunal est à confirmer en ce qu'il a retenu qu'il s'agit en l'espèce d'une faveur accordée aux cadres supérieurs qui vise les seules heures supplémentaires prestées un jour férié ou lors d'un week-end. Il y a encore de relever que la rémunération ainsi accordée aux cadres supérieurs est de loin inférieure à celle accordée aux salariés conventionnés qui oscille, en application du même article, pour le travail réalisé lors d'un week-end ou d'un jour férié entre 150 % et 350 %. PERSONNE1.) ne saurait donc en déduire que la société SOCIETE1.) l'aurait considéré comme salarié conventionné pour lui avoir payé certaines heures supplémentaires à hauteur de 120%.

Au vu des considérations qui précèdent, PERSONNE1.) n'a pas prouvé qu'il n'aurait pas été un cadre supérieur au sein de la société SOCIETE1.), de sorte que l'article 5 alinéa 1^{er} de l'avenant du 1^{er} mars 2016 est valable et n'encourt point la nullité en application de l'article L.162-8 (3) alinéa 5 du Code du travail.

C'est partant à juste titre que le tribunal du travail a retenu que la convention collective de la société SOCIETE1.) et ses avantages financiers accordés aux salariés conventionnés ne sont pas applicables à PERSONNE1.) et qu'en conséquence, l'ensemble des revendications financières de PERSONNE1.), lesquelles sont basées sur l'applicabilité de cette convention collective, sont à rejeter.

Dès lors, les demandes de PERSONNE1.) tendant à voir enjoindre à la société SOCIETE1.) de verser les décomptes mensuels des heures prestées par l'appelant dans le cadre de l'horaire mobile pour les années 2016, 2017, 2018 et 2019, sinon tout autre document servant à relever et à comptabiliser les heures travaillées, ainsi que la demande visant à voir nommer un expert calculateur sont également à déclarer non fondées.

L'appel interjeté par PERSONNE1.) est partant non fondé.

Au vu du sort réservé à l'appel principal, la demande reconventionnelle de la société SOCIETE1.), présentée à titre subsidiaire et uniquement pour le cas où la Cour devait estimer que la convention collective est applicable à PERSONNE1.), n'est pas à analyser.

Quant aux demandes accessoires

Au vu de l'issue du litige, la demande de PERSONNE1.) en allocation d'une indemnité de procédure pour la première instance a été rejetée à bon droit.

Pour les mêmes motifs, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est à rejeter et il doit supporter les frais et dépens de l'instance d'appel.

Le tribunal est encore à confirmer en ce qu'il a rejeté la demande en obtention d'une indemnité de procédure de la société SOCIETE1.) au motif qu'elle n'a pas établi l'iniquité requise par l'article 240 du NCPC.

L'appel incident de la société SOCIETE1.) est dès lors à déclarer non fondé.

Ne rapportant pas la preuve de l'iniquité en instance d'appel, elle est encore à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement,

reçoit les appels principal et incident,

les dit non fondés,

confirme le jugement entrepris,

dit non fondées les demandes de PERSONNE1.) et de la société anonyme SOCIETE1.) (SOCIETE1.)) en obtention d'une indemnité de procédure,

condamne PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance d'appel, avec distraction au profit de Maître Romain ADAM, avocat concluant, sur ses affirmations de droit.