COUR DE CASSATION

Audience publique du **15 mars 2017**

Cassation partielle

M. FROUIN, président

Arrêt n° 489 FS-P+B sur
le premier moyen

Pourvoi n° D 15-19.958

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu
l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par M. Rémy Luce, domicilié 302
route de Clermont, 60250 Angy,

contre l'arrêt rendu le 27 mars 2015 par la cour d'appel de Paris (pôle 6,
chambre 11), dans le litige l'opposant à l'association Emergences, dont le
siège est immeuble Le Méliès, 261 rue de Paris, 93100 Montreuil,

défenderesse à la cassation ;

Le demandeur invoque, à l'appui de son pourvoi, les cinq
moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 7 février 2017, où étaient présents : M. Frouin, président, Mme Schmeitzky-Lhuillery, conseiller rapporteur, M. Chollet, conseiller doyen, Mmes Goasguen, Vallée, Guyot, Aubert-Monpeyssen, MM. Rinuy, Schamber, Ricour, Mme Van Ruymbeke, conseillers, MM. Flores, David, Silhol, Belfanti, Ala, conseillers référendaires, Mme Piquot, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Schmeitzky-Lhuillery, conseiller, les observations de la SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat de M. Luce, de la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat de l'association Emergences, l'avis écrit de Mme Courcol-Bouchard, premier avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que l'association Emergences (l'association) et M. Dufour, directeur de l'association, ont saisi la juridiction prud'homale en invoquant un harcèlement moral qu'ils auraient subi de la part de divers salariés, au nombre desquels figurait M. Luce ; que le salarié ayant formé des demandes reconventionnelles de rappel de salaires et d'indemnités relatives à l'application rétroactive de la convention collective des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs conseils et des sociétés de conseils (Syntec) du 15 décembre 1987, ils se sont désistés de leur demande ;

Sur le premier moyen :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande de reclassement à la position 3.1 de la convention collective Syntec pour la période du mois de mai 2007 au mois d'octobre 2010, alors selon le moyen :

1°/ que les juges du fond ne peuvent modifier l'objet du litige tel que déterminé par les prétentions des parties exprimées dans leurs conclusions ; que la cour d'appel a énoncé que « M. Luce fait valoir que depuis 2001 le chiffre d'affaires de l'association pour l'activité expertises est bien supérieur à celui de l'activité formation, il souligne que depuis 2002, l'activité formation représente de façon constante plus de 65 % de l'activité totale de l'association et donc son activité principale » ; qu'en statuant ainsi, quand le salarié faisait expressément valoir dans ses dernières écritures que l'activité principale de l'association était l'expertise depuis l'année 2001 et non la formation, la cour d'appel a méconnu les termes du litige, violant l'article 4 du code de procédure civile ;

2°/ qu'il appartient à l'employeur qui se réclame d'une convention collective de branche particulière de rapporter la preuve que son activité principale relève du périmètre professionnel de celle-ci ; qu'en

jugeant dès lors que, « faute par le salarié de démontrer que l'activité principale de l'association n'était pas la formation et que la convention Syntec aurait dû s'appliquer avant octobre 2010, il doit être débouté de ses demandes de repositionnement dans cette convention portant sur la période allant de mai 2007 à octobre 2010 », la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et violé l'article 1315 du code civil ;

3°/ que subsidiairement, la convention collective applicable est celle correspondant à l'activité principale de l'entreprise ; que, lorsque cette dernière a un caractère commercial, son activité principale est celle qui représente le chiffre d'affaires le plus important ; qu'en relevant, d'une part, que, « l'association réalisant de la formation et des expertises essentiellement auprès des CHSCT, l'appréciation de la nature de son activité principale ne peut résulter du seul examen de son chiffre d'affaire par secteur », d'autre part, que « l'association offrant des prestations d'expertise et de formation qui correspondent à du temps de travail de ses salariés », pour dire que « c'est à partir de la répartition du temps de travail des salariés qu'il convient de déterminer l'activité principale de l'association », quand il résultait de ses propres constatations que l'entreprise, qui offrait aux CHSCT des prestations de formation, d'expertise et d'étude, avait un caractère commercial, de sorte qu'il lui appartenait, pour déterminer son activité principale, de comparer le chiffre d'affaires réalisé par l'activité formations à celui de l'activité expertises-études, la cour d'appel a violé l'article L. 2261-2 du code du travail ;

4°/ que subsidiairement, l'autorité de la chose jugée implique une identité de parties, d'objet et de cause ; que tout salarié est recevable à agir individuellement pour la réalisation des droits qu'il tient d'une convention ou d'un accord collectif de travail, et que l'autorité de chose jugée n'a lieu que dans l'hypothèse où les parties au litige sont les mêmes et agissent en la même qualité ; qu'en retenant qu'« il résulte de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 10 octobre 2011 que si les modalités d'information et de consultation du CE et du CHSCT étaient contestées en revanche le rattachement à Syntec à compter de 2010 ne l'était pas, observation faite que lors de cette instance le CHSCT était représenté par son secrétaire le salarié », quand ce dernier, agissant dans le cadre de ce litige au nom et pour le compte du CHSCT de l'entreprise, n'était pas lui-même partie au litige, de sorte que l'autorité de chose jugée attachée à cette décision ne lui était pas opposable, la cour d'appel a violé l'article 1221-1 du code du travail, ensemble l'article 1351 du code civil ;

Mais attendu qu'aux termes de l'article L. 2261-2 du code du travail, la convention collective applicable est celle dont relève l'activité principale de l'employeur ; que le caractère principal de cette activité relève de l'appréciation souveraine des juges du fond ;

Et attendu que l'arrêt ne constatant pas que l'employeur avait une activité commerciale, le moyen, en sa troisième branche, manque par le fait qui lui sert de base ; que s'attaquant, en sa dernière branche, à un motif surabondant, il ne tend pour le surplus qu'à contester l'appréciation souveraine par la cour d'appel des éléments de fait et de preuve dont, sans modifier l'objet du litige, elle a déduit le caractère principal, pour la période en cause, de l'activité de l'association relative, non à l'expertise, mais à la formation ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen, ci-après annexé :

Attendu que le rejet du premier moyen rend sans portée la première branche du troisième moyen ;

Et attendu que sous le couvert de griefs non fondés d'inversion de la charge de la preuve et de violation de la loi, ce moyen ne tend pour le surplus qu'à contester l'appréciation souveraine par la cour d'appel de l'ensemble des éléments de preuve produits par les deux parties ;

Mais sur le deuxième moyen :

Vu l'annexe II à la convention collective des bureaux d'études techniques, cabinets d'ingénieurs conseils et sociétés de conseils du 15 décembre 1987 ;

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande de reclassement en position 3.1 de la convention collective Syntec pour la période postérieure au mois d'octobre 2010 ainsi que de ses demandes de rappel de salaire, l'arrêt retient que si l'intéressé verse aux débats diverses attestations de salariés indiquant que les chargés d'expertise avaient une autonomie dans l'exercice de leur mission, il s'agit d'attestations générales mais ne portant pas sur les missions réellement exercées par lui-même, qu'aucun des éléments versés par lui ne permet d'établir qu'il aurait eu une position de commandement ou aurait été en responsabilité de coordonner le travail d'autres cadres comme l'implique la position 3 de la convention Syntec ;

Qu'en se référant à des critères relatifs à d'autres niveaux de classification que celle correspondant à la catégorie 3.1 revendiquée par le salarié, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il soit nécessaire de statuer sur les autres moyens du pourvoi :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il déboute M. Luce de sa demande tendant tant à la reconnaissance, pour la période ayant couru jusqu'à octobre 2010, du niveau 3.1 prévu par la convention collective Syntec qu'au paiement d'un rappel de salaire à ce titre et en ce qu'il déboute ce salarié de sa demande à titre d'heures supplémentaires et de congés payés pour la période ayant couru jusqu'à ce mois d'octobre 2010, l'arrêt rendu le 27 mars 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur les autres points restant en litige, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne l'association Emergences aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne l'association Emergences à payer à M. Luce la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du quinze mars deux mille dix-sept.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt.

Moyens produits par la SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat aux Conseils, pour M. Luce.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Monsieur Luce de sa demande de repositionnement à la position 3.1 de la convention collective SYNTEC pour la période du mois de mai 2007 au mois d'octobre 2010, ainsi que de sa demande de rappel de salaires à ce titre ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE monsieur Rémy Luce fait valoir que depuis 2001 le chiffre d'affaires de l'association Emergences pour l'activité expertises est bien supérieur à celui de l'activité formation, il souligne que depuis 2002, l'activité formation représente de façon constante plus de 65 % de l'activité totale de l'association et donc son activité principale ; qu'en application de l'article L. 2261-2 du code du travail qui prévoit que « la convention collective applicable est celle dont relève l'activité principale de l'employeur », il réclame l'application de la convention SYNTEC depuis 2001 ; que monsieur Rémy Luce souligne qu'il n'y a pas à prendre en compte le volume des heures travaillées affectées à l'activité mais qu'il a été jugé que l'activité principale est celle qui représente le chiffre d'affaires le plus élevé ; que monsieur Rémy Luce fait valoir qu'Emergences ne saurait s'appuyer sur l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 10 octobre 2011 pour soutenir que la convention SYNTEC ne s'applique qu'à compter de 2010 alors que la cour statuait en la forme du référé et que cette décision ne saurait avoir d'effet à son égard ; que monsieur Rémy Luce rappelle qu'il bénéficiait dès son embauche du statut de cadre niveau F au forfait jour, il s'estime donc bien fondé à solliciter le bénéfice de la classification de cadre position 3.1 de la convention collective SYNTEC depuis son embauche en mai 2007 jusqu'au 31 décembre 2009 ; qu'Emergences rétorque qu'on ne saurait retenir le seul critère du chiffre d'affaire s'agissant d'une association dont l'activité ne saurait être qualifiée de commerciale ; qu'elle fait valoir que d'autres éléments sont plus pertinents comme le nombre d'heures travaillées ; qu'elle ajoute que le nombre de salariés affectés et les volumes de rémunérations sont restés pour les années 2009 et 2010 plus importants pour conduire l'activité formation que pour les activités études-expertises ; qu'en conséquence c'est à juste titre que la convention SYNTEC n'est applicable que depuis octobre 2010 ; que s'agissant d'une association réalisant de la formation et des expertises essentiellement auprès des CHSCT, spécialisée sur l'analyse et la prévention des risques au travail, l'appréciation de la nature de son activité principale en vue de la détermination de la convention collective applicable, ne peut résulter du seul examen de son chiffre d'affaire par secteur ; que l'association Emergences offre des prestations d'expertise et de formation qui correspondent à du

temps de travail de ses salariés, dès lors c'est bien à partir de la répartition du temps de travail des salariés qu'il convient de déterminer l'activité principale de l'association ; qu'il résulte du comparatif versé par Emergences (pièce 11) que l'activité formation était largement prédominante en nombre de dossiers et de factures sur la période 2001- 2012 ; Il ressort aussi du document intitulé comparatif de l'évolution salariale par activité (pièce 10) que ce n'est qu'à partir des années 2009 et 2010 que l'activité expertise parvient presque au même niveau que l'activité formation ; qu'à cet égard, monsieur Rémy Luce qui critique ces documents n'apporte aucun élément de nature à les contredire ni à démontrer le fait que l'activité formation n'ait pas été prédominante en terme de journées de travail des salariés ; qu'au surplus, il résulte de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 10 octobre 2011 (pôle 6 chambre 1) que si les modalités d'information et de consultation du CE et du CHSCT étaient contestées en revanche le rattachement à SYNTEC à compter de 2010 ne l'était pas, observation faite que lors de cette instance le CHSCT était représenté par son secrétaire monsieur Rémy Luce ; qu'en conséquence faute par monsieur Rémy Luce de démontrer que l'activité principale de l'association Emergences n'était pas la formation et que la convention SYNTEC aurait dû s'appliquer avant octobre 2010, il doit être débouté de ses demandes de repositionnement dans cette convention portant sur la période allant de mai 2007 à octobre 2010 ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QU'au vu des éléments fournis par les parties, des explications faites lors de l'audience, le conseil ne reconnaît pas à Monsieur Luce la qualité de cadre position 3.1 de la convention collective SYNTEC ;

1°) ALORS QUE les juges du fond ne peuvent modifier l'objet du litige tel que déterminé par les prétentions des parties exprimées dans leurs conclusions ; que la cour d'appel a énoncé que « Monsieur Luce fait valoir que depuis 2001 le chiffre d'affaires de l'association EMERGENCES pour l'activité expertises est bien supérieur à celui de l'activité formation, il souligne que depuis 2002, l'activité formation représente de façon constante plus de 65 % de l'activité totale de l'association et donc son activité principale » ; qu'en statuant ainsi, quand Monsieur Luce faisait expressément valoir dans ses dernières écritures (cf. pages 9 à 12) que l'activité principale de l'association était l'expertise depuis l'année 2001 et non la formation, la cour d'appel a méconnu les termes du litige, violant l'article 4 du code de procédure civile ;

2°) ALORS QU'il appartient à l'employeur qui se réclame d'une convention collective de branche particulière de rapporter la preuve que son activité principale relève du périmètre professionnel de celle-ci ; qu'en jugeant dès lors que, « faute par Monsieur Luce de démontrer que l'activité principale de l'association EMERGENCES n'était pas la formation et que la convention SYNTEC aurait dû s'appliquer avant octobre 2010, il doit être débouté de ses demandes de repositionnement dans cette convention portant sur la

période allant de mai 2007 à octobre 2010 », la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et violé l'article 1315 du code civil ;

3°) ALORS, subsidiairement, QUE la convention collective applicable est celle correspondant à l'activité principale de l'entreprise ; que, lorsque cette dernière à un caractère commercial, son activité principale est celle qui représente le chiffre d'affaires le plus important ; qu'en relevant, d'une part, que, « l'association Emergences réalisant de la formation et des expertises essentiellement auprès des CHSCT, l'appréciation de la nature de son activité principale ne peut résulter du seul examen de son chiffre d'affaire par secteur », d'autre part, que « l'association EMERGENCES offrant des prestations d'expertise et de formation qui correspondent à du temps de travail de ses salariés », pour dire que « c'est à partir de la répartition du temps de travail des salariés qu'il convient de déterminer l'activité principale de l'association », quand il résultait de ses propres constatations que l'entreprise, qui offrait aux CHSCT des prestations de formation, d'expertise et d'étude, avait un caractère commercial, de sorte qu'il lui appartenait, pour déterminer son activité principale, de comparer le chiffre d'affaires réalisé par l'activité formations à celui de l'activité expertises-études, la cour d'appel a violé l'article L. 2261-2 du code du travail ;

4°) ALORS, subsidiairement QUE l'autorité de la chose jugée implique une identité de parties, d'objet et de cause ; que tout salarié est recevable à agir individuellement pour la réalisation des droits qu'il tient d'une convention ou d'un accord collectif de travail, et que l'autorité de chose jugée n'a lieu que dans l'hypothèse où les parties au litige sont les mêmes et agissent en la même qualité ; qu'en retenant qu'« il résulte de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 10 octobre 2011 (pôle 6 chambre 1) que si les modalités d'information et de consultation du CE et du CHSCT étaient contestées en revanche le rattachement à SYNTEC à compter de 2010 ne l'était pas, observation faite que lors de cette instance le CHSCT était représenté par son secrétaire Monsieur Luce », quand ce dernier, agissant dans le cadre de ce litige au nom et pour le compte du CHSCT de l'entreprise, n'était pas lui-même partie au litige, de sorte que l'autorité de chose jugée attachée à cette décision ne lui était pas opposable, la cour d'appel a violé l'article 1221-1 du code du travail, ensemble l'article 1351 du code civil.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Monsieur Luce de sa demande de repositionnement en position 3.1 de la convention collective SYNTEC pour la période postérieure au mois d'octobre 2010, ainsi que de sa demande de rappel de salaire subséquente ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE, dans le cadre de l'application de la convention SYNTEC, monsieur Rémy Luce réclame d'être reclassé en

position 3.1, faisant valoir la réelle autonomie des chefs de projets aussi bien que des chargés d'expertise ; qu'il souligne qu'il a une antériorité dans la fonction de cadre ; qu'il soutient qu'il dispose de la plus large autonomie d'initiative et assume la responsabilité pleine et entière du temps qu'il consacre à l'accomplissement de ses missions chez les clients auprès desquels il procède aux expertises ; qu'Emergences estime, pour sa part, que les fonctions de monsieur Rémy Luce ne correspondent pas à un cadre 3.1 mais à un cadre de niveau 2.1. L'employeur souligne que le poste de chargé d'expertise occupé par monsieur Rémy Luce est situé en bas de la hiérarchie, qu'il dispose de peu de latitude dans l'exercice de son travail ; qu'il est affecté par sa hiérarchie sur un dossier et contribue au dossier sur des thèmes précis, relevant de sa compétence technique de chargé d'expertise, qui lui sont affectés par le chef de projet ; qu'Emergences souligne l'insatisfaction récurrente de l'employeur quant aux prestations de monsieur Rémy Luce et l'insuffisance de ses évaluations mettant en évidence son manque de compétence ; qu'Emergences conclut que l'examen des missions réellement exercées par monsieur Rémy Luce en qualité de chargé d'expertise le positionne au niveau 2.1 ; que si monsieur Rémy Luce verse aux débats diverses attestations de salariés indiquant que les chargés d'expertise avaient une autonomie dans l'exercice de leur mission, la cour observe qu'il s'agit d'attestations générales mais ne portant pas sur les missions réellement exercées par monsieur Rémy Luce ; qu'aucun des éléments versés par lui ne permet d'établir qu'il aurait eu une position de commandement ou aurait été en responsabilité de coordonner le travail d'autres cadres comme l'implique la position 3 de la convention SYNTEC ; qu'en revanche, il ressort des pièces versées par Emergences que les évaluations de monsieur Rémy Luce étaient insatisfaisantes (pièces 19, 20, 21 et 22), qu'il a été inscrit par son employeur à une formation « DU Ergonomie et Écologie Humaine » à l'Université de Paris I (pièce 23) mais n'a pas obtenu le diplôme universitaire faute d'avoir soutenu le mémoire de fin de stage (pièce 36) et que parfois pour anticiper ses difficultés rédactionnelles le nombre de jours de la mission était majoré (pièces 25 et 26) ; que ces éléments accréditent le fait que monsieur Rémy Luce devait être placé sous la responsabilité d'un chef de projet et que c'est à raison que son employeur l'a classé dans la catégorie des chargés d'expertise niveau 2.1 (expérimenté) ; qu'en conséquence, il y a lieu de rejeter la demande de repositionnement de monsieur Rémy Luce comme celle de rappel de salaire ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QU'au vu des éléments fournis par les parties, des explications faites lors de l'audience, le conseil ne reconnaît pas à Monsieur Luce la qualité de cadre position 3.1 de la convention collective SYNTEC ;

1°) ALORS QUE relèvent de la position 3.1 de la convention collective SYNTEC, les ingénieurs ou cadres placés généralement sous les ordres

d'un chef de service et qui exercent des fonctions dans lesquelles ils mettent en oeuvre non seulement des connaissances équivalant à celles sanctionnées par un diplôme, mais aussi des connaissances pratiques étendues sans assurer, toutefois, dans leurs fonctions, une responsabilité complète et permanente qui revient en fait à leur chef ; qu'en retenant, pour débouter Monsieur Luce de ses demandes au titre de la position 3.1 de la convention collective, qu'« aucun des éléments versés par lui ne permet d'établir qu'il aurait eu une position de commandement ou aurait été en responsabilité de coordonner le travail d'autres cadres comme l'implique la position 3 de la convention SYNTEC », la cour d'appel a violé l'article unique de l'annexe II relative à la classification des ingénieurs et cadres attachée à la convention collective nationale des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils du 15 décembre 1987 ;

2°) ALORS QU'en relevant, d'une part, que les évaluations de Monsieur Luce n'étaient pas satisfaisantes, d'autre part, qu'il avait été inscrit par son employeur à une formation « DU Ergonomie et Écologie Humaine » à l'Université de Paris I dont il n'a pas obtenu le diplôme universitaire pour avoir omis de soutenir le mémoire de fin de stage et, enfin, que pour anticiper ses difficultés rédactionnelles le nombre de jours de ses missions était quelques fois majoré, pour en déduire que « le salarié devait être placé sous la responsabilité d'un chef de projet et que c'est à raison que son employeur l'a classé dans la catégorie des chargés d'expertise niveau 2.1 », la cour d'appel, qui s'est déterminée par des motifs inopérants, a privé sa décision de base légale au regard de l'article unique de l'annexe II relative à la classification des ingénieurs et cadres attachée à la convention collective nationale des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils du 15 décembre 1987 ;

3°) ALORS QU'en retenant qu'« au vu des éléments fournis par les parties, des explications faites lors de l'audience, le conseil ne reconnaît pas à Monsieur Luce la qualité de cadre position 3.1 de la convention collective SYNTEC », sans motiver autrement sa décision que par cette affirmation et sans viser ni analyser, même sommairement, le ou les éléments de preuve fondant celle-ci, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Monsieur Luce de sa demande de rappel de salaire au titre des heures supplémentaires et des congés payés y afférents pour la période du mois de mai 2007 au mois d'octobre 2010 ;

AUX MOTIFS QUE monsieur Rémy Luce fait valoir que s'il n'était pas considéré comme étant au forfait, il est en droit de solliciter le paiement des heures supplémentaires et il verse aux débats plusieurs courriels et un tableau afférent aux dépassements du temps de travail ; qu'Emergences s'oppose à ces demandes et rappelle que le contrat de travail signé par monsieur Rémy Luce prévoit un forfait annuel de 215 jours avec en application de l'accord sur la réduction du temps de travail 11 jours de repos annuels au prorata de son temps de travail ; que la cour observe qu'effectivement monsieur Rémy Luce était au forfait jour que s'il verse des mails montrant qu'il a pu travailler avant 9 h ou après 18 h, il ne produit aucun tableau récapitulatif des heures supplémentaires qu'il aurait réellement et personnellement effectuées ; qu'en outre ainsi que le relève Emergences, les statistiques annuelles des heures pointées (pièces 13-1 à 13-6) pour les années 2007 à 2012, certifiées conformes par l'expert comptable ne mettent pas en évidence le nombre d'heures réclamées par le salarié ; que l'employeur rappelle qu'en application de la convention SYNTEC (article 3 de l'accord du 22 juin 1999 relatif à la durée du travail) les appointements des salariés « englobent les variations horaires accomplies dans une limite dont la valeur est au maximum de 10 % pour un horaire hebdomadaire de 35 heures » et que la rémunération est alors de 115% du minimum conventionnel ; qu'il n'est pas contestable comme le souligne Emergences que monsieur Rémy Luce a bénéficié de ces dispositions et a été informé de son positionnement par courrier du 19 août 2010 avec copie de ce texte (pièce 28), qu'il avait la possibilité de demander à bénéficier de récupérations pour compenser un temps de travail anormalement élevé, ce qu'il a fait le 10 novembre 2008 (pièce 33) ; qu'enfin il y a lieu de relever qu'en 2012 le calendrier des affectations de monsieur Rémy Luce montre qu'il a été affecté 79 jours sur 216 jours de travail (pièce 34) de sorte que les temps inter-missions lui permettaient le cas échéant de bénéficier des dispositions conventionnelles liées à la gestion du temps de travail ; qu'en conséquence, au vu des éléments produits en réponse par Emergences et non valablement contredits par monsieur Rémy Luce, la cour constate que ce dernier n'étaye pas la réalisation d'heures supplémentaires pour lesquelles il aurait été missionné par son employeur, il est donc débouté d'une telle demande ;

1°) ALORS QUE l'article 4 du chapitre 2 de l'accord de branche Syntec du 22 juin 1999 relatif au forfait en jours applicable au litige dispose que « pour pouvoir relever de ces modalités, les collaborateurs concernés doivent obligatoirement disposer de la plus large autonomie d'initiative et assumer la responsabilité pleine et entière du temps qu'ils consacrent à l'accomplissement de leur mission, le bon accomplissement de cette mission caractérisant la mesure réelle de leur contribution à l'entreprise. Ils doivent donc disposer d'une grande latitude dans leur organisation du travail et la gestion de leur temps et doivent également bénéficier de la position 3 de la convention collective (en général les positions 3.2 et 3.3, et dans certains

cas 3.1) ou avoir une rémunération annuelle supérieure à 2 fois le plafond annuel de la sécurité sociale, ou être mandataire social » ; qu'il s'en évince que le salarié soumis à cet accord qui n'est pas classé au niveau 3 et se voit dénier une large autonomie d'initiative ne peut se voir opposer une convention de forfait valable pour lui refuser le paiement d'heures supplémentaires ; qu'en l'espèce, la cassation qui interviendra sur le premier moyen tiré de l'erreur commise par la cour d'appel quant à l'applicabilité de la convention collective SYNTEC y compris pour la période antérieure à octobre 2010, entraînera nécessairement, par voie de conséquence, et en application des articles 624 et 625 du code de procédure civile, la cassation du chef rejetant la demande subsidiaire du salarié au titre des heures supplémentaires, dès lors que la cour d'appel s'est fondée pour ce faire sur la convention de forfait en jours, qui ne pouvait être valablement opposée au salarié dont la cour d'appel avait estimé qu'il était classé au niveau 2.1 de la convention collective ;

2°) ALORS QUE la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties ; qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié d'étayer sa demande par la production d'éléments suffisamment précis pour permettre à l'employeur d'y répondre en fournissant les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés ; qu'en retenant, pour dire que Monsieur Luce n'étayait pas sa demande de rappel d'heures supplémentaires, qu'il ne « produit aucun tableau récapitulatif des heures supplémentaires qu'il aurait réellement et personnellement effectuées », quand il versait aux débats un décompte des heures supplémentaires par lui accomplies, semaine par semaine, pour les années 2007 à 2012, lequel était accompagné d'un tableau récapitulatif des heures demandées au titre de chaque année, éléments auxquels l'employeur pouvait répondre, la cour d'appel a en réalité fait peser la charge de la preuve des heures supplémentaires sur le salarié et violé l'article L. 3171-4 du code du travail et l'article 1315 du code civil ;

3°) ALORS QUE le salarié a droit au paiement des heures supplémentaires accomplies avec l'accord implicite de l'employeur ; qu'un tel accord résulte de la connaissance par l'employeur de leur exécution ; qu'en relevant dès lors que Monsieur Luce n'étayait pas la réalisation d'heures supplémentaires pour lesquelles il aurait été missionné par son employeur, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si les heures supplémentaires effectuées par le salarié ne l'avaient pas été au vu et au su de l'employeur, la cour d'appel a violé les articles L. 3121-22 et L. 3171-4 du code du travail.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Monsieur Luce de sa demande de rappel de salaire au titre des heures supplémentaires et des congés payés y afférents pour la période postérieure à octobre 2010 ;

AUX MOTIFS QUE c'est à raison que l'employeur l'a classé dans la catégorie des chargés d'expertise niveau 2.1 ; ...que Monsieur Rémy Luce fait valoir que s'il n'était pas considéré comme étant au forfait, il est en droit de solliciter le paiement des heures supplémentaires et il verse aux débats plusieurs courriels et un tableau afférent aux dépassements du temps de travail ; qu'Emergences s'oppose à ces demandes et rappelle que le contrat de travail signé par monsieur Rémy Luce prévoit un forfait annuel de 215 jours avec en application de l'accord sur la réduction du temps de travail 11 jours de repos annuels au prorata de son temps de travail ; que la cour observe qu'effectivement monsieur Rémy Luce était au forfait jour que s'il verse des mails montrant qu'il a pu travailler avant 9 h ou après 18 h, il ne produit aucun tableau récapitulatif des heures supplémentaires qu'il aurait réellement et personnellement effectuées ; qu'en outre ainsi que le relève Emergences, les statistiques annuelles des heures pointées (pièces 13-1 à 13-6) pour les années 2007 à 2012, certifiées conformes par l'expert-comptable ne mettent pas en évidence le nombre d'heures réclamées par le salarié ; que l'employeur rappelle qu'en application de la convention SYNTEC (article 3 de l'accord du 22 juin 1999 relatif à la durée du travail) les appointements des salariés « englobent les variations horaires accomplies dans une limite dont la valeur est au maximum de 10 % pour un horaire hebdomadaire de 35 heures » et que la rémunération est alors de 115% du minimum conventionnel ; qu'il n'est pas contestable comme le souligne Emergences que monsieur Rémy Luce a bénéficié de ces dispositions et a été informé de son positionnement par courrier du 19 août 2010 avec copie de ce texte (pièce 28), qu'il avait la possibilité de demander à bénéficier de récupérations pour compenser un temps de travail anormalement élevé, ce qu'il a fait le 10 novembre 2008 (pièce 33) ; qu'enfin il y a lieu de relever qu'en 2012 le calendrier des affectations de monsieur Rémy Luce montre qu'il a été affecté 79 jours sur 216 jours de travail (pièce 34) de sorte que les temps inter-missions lui permettaient le cas échéant de bénéficier des dispositions conventionnelles liées à la gestion du temps de travail ; qu'en conséquence, au vu des éléments produits en réponse par Emergences et non valablement contredits par monsieur Rémy Luce, la cour constate que ce dernier n'étaye pas la réalisation d'heures supplémentaires pour lesquelles il aurait été missionné par son employeur, il est donc débouté d'une telle demande ;

1°) ALORS QUE l'article 4 du chapitre 2 de l'accord de branche Syntec du 22 juin 1999 relatif au forfait en jours applicable au litige dispose que « pour pouvoir relever de ces modalités, les collaborateurs concernés doivent

obligatoirement disposer de la plus large autonomie d'initiative et assumer la responsabilité pleine et entière du temps qu'ils consacrent à l'accomplissement de leur mission, le bon accomplissement de cette mission caractérisant la mesure réelle de leur contribution à l'entreprise. Ils doivent donc disposer d'une grande latitude dans leur organisation du travail et la gestion de leur temps et doivent également bénéficier de la position 3 de la convention collective (en général les positions 3.2 et 3.3, et dans certains cas 3.1) ou avoir une rémunération annuelle supérieure à 2 fois le plafond annuel de la sécurité sociale, ou être mandataire social » ; qu'en faisant application, pour rejeter la demande d'heures supplémentaires, de la convention de forfait en jours, après avoir pourtant elle-même retenu que c'était à raison que l'employeur avait classé M. Luce dans la catégorie des chargés d'expertise niveau 2.1, d'où s'évinçait que la convention de forfait ne pouvait être valablement opposé au salarié auquel était dénié une large d'autonomie d'initiative et le classement au niveau 3.1 corrélatif, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, et a violé l'article 4 du chapitre 2 de l'accord de branche Syntec du 22 juin 1999 relatif au forfait en jours, ensemble l'article L. 212-15-3 III ancien du code du travail - devenue l'article L. 3121-43 et l'article L. 3171-4 du code du travail ;

2°) ALORS QUE la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties ; qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié d'étayer sa demande par la production d'éléments suffisamment précis pour permettre à l'employeur d'y répondre en fournissant les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés ; qu'en retenant, pour dire que Monsieur Luce n'étayait pas sa demande de rappel d'heures supplémentaires, qu'il ne « produit aucun tableau récapitulatif des heures supplémentaires qu'il aurait réellement et personnellement effectuées », quand il versait aux débats un décompte des heures supplémentaires par lui accomplies, semaine par semaine, pour les années 2007 à 2012, lequel était accompagné d'un tableau récapitulatif des heures demandées au titre de chaque année, éléments auxquels l'employeur pouvait répondre, la cour d'appel a en réalité fait peser la charge de la preuve des heures supplémentaires sur le salarié et violé l'article L. 3171-4 du code du travail et l'article 1315 du code civil ;

3°) ALORS QUE le salarié a droit au paiement des heures supplémentaires accomplies avec l'accord implicite de l'employeur ; qu'un tel accord résulte de la connaissance par l'employeur de leur exécution ; qu'en relevant dès lors que Monsieur Luce n'étayait pas la réalisation d'heures supplémentaires pour lesquelles il aurait été missionné par son employeur, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si les heures supplémentaires effectuées par le salarié ne l'avaient pas été au vu et au su de l'employeur, la cour d'appel a violé les articles L. 3121-22 et L. 3171-4 du code du travail.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté la demande de dommages et intérêts du salarié

AUX MOTIFS QUE monsieur Rémy Luce fait valoir que depuis 2001 le chiffre d'affaires de l'association Emergences pour l'activité expertises est bien supérieur à celui de l'activité formation, il souligne que depuis 2002, l'activité formation représente de façon constante plus de 65 % de l'activité totale de l'association et donc son activité principale ; qu'en application de l'article qui prévoit que « la convention collective applicable est celle dont relève l'activité principale de l'employeur », il réclame l'application de la convention SYNTEC depuis 2001 ; que monsieur Rémy Luce souligne qu'il n'y a pas à prendre en compte le volume des heures travaillées affectées à l'activité mais qu'il a été jugé que l'activité principale est celle qui représente le chiffre d'affaires le plus élevé ; que monsieur Rémy Luce fait valoir qu'Emergences ne saurait s'appuyer sur l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 10 octobre 2011 pour soutenir que la convention SYNTEC ne s'applique qu'à compter de 2010 alors que la cour statuait en la forme du référé et que cette décision ne saurait avoir d'effet à son égard ; que monsieur Rémy Luce rappelle qu'il bénéficiait dès son embauche du statut de cadre niveau F au forfait jour, il s'estime donc bien fondé à solliciter le bénéfice de la classification de cadre position 3.1 de la convention collective SYNTEC depuis son embauche en mai 2007 jusqu'au 31 décembre 2009 ; qu'Emergences rétorque qu'on ne saurait retenir le seul critère du chiffre d'affaire s'agissant d'une association dont l'activité ne saurait être qualifiée de commerciale ; qu'elle fait valoir que d'autres éléments sont plus pertinents comme le nombre d'heures travaillées ; qu'elle ajoute que le nombre de salariés affectés et les volumes de rémunérations sont restés pour les années 2009 et 2010 plus importants pour conduire l'activité formation que pour les activités études-expertises ; qu'en conséquence c'est à juste titre que la convention SYNTEC n'est applicable que depuis octobre 2010 ; que s'agissant d'une association réalisant de la formation et des expertises essentiellement auprès des CHSCT, spécialisée sur l'analyse et la prévention des risques au travail, l'appréciation de la nature de son activité principale en vue de la détermination de la convention collective applicable, ne peut résulter du seul examen de son chiffre d'affaire par secteur ; que l'association Emergences offre des prestations d'expertise et de formation qui correspondent à du temps de travail de ses salariés, dès lors c'est bien à partir de la répartition du temps de travail des salariés qu'il convient de déterminer l'activité principale de l'association ; qu'il résulte du comparatif versé par Emergences (pièce 11) que l'activité formation était largement prédominante en nombre de dossiers et de factures sur la période 2001-2012 ; Il ressort aussi du document intitulé comparatif de l'évolution salariale par activité (pièce 10) que ce n'est qu'à partir des années 2009 et 2010 que l'activité expertise parvient presque au même niveau que l'activité

formation ; qu'à cet égard, monsieur Rémy Luce qui critique ces documents n'apporte aucun élément de nature à les contredire ni à démontrer le fait que l'activité formation n'ait pas été prédominante en terme de journées de travail des salariés ; qu'au surplus, il résulte de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 10 octobre 2011 (pôle 6 chambre 1) que si les modalités d'information et de consultation du CE et du CHSCT étaient contestées en revanche le rattachement à SYNTEC à compter de 2010 ne l'était pas, observation faite que lors de cette instance le CHSCT était représenté par son secrétaire monsieur Rémy Luce ; qu'en conséquence faute par monsieur Rémy Luce de démontrer que l'activité principale de l'association Emergences n'était pas la formation et que la convention SYNTEC aurait dû s'appliquer avant octobre 2010, il doit être débouté de ses demandes de repositionnement dans cette convention portant sur la période allant de mai 2007 à octobre 2010 ; ... c'est à raison que l'employeur l'a classé dans la catégorie des chargés d'expertise niveau 2.1 ; ... que Monsieur Rémy Luce fait valoir que s'il n'était pas considéré comme étant au forfait, il est en droit de solliciter le paiement des heures supplémentaires et il verse aux débats plusieurs courriels et un tableau afférent aux dépassements du temps de travail ; qu'Emergences s'oppose à ces demandes et rappelle que le contrat de travail signé par monsieur Rémy Luce prévoit un forfait annuel de 215 jours avec en application de l'accord sur la réduction du temps de travail 11 jours de repos annuels au prorata de son temps de travail ; que la cour observe qu'effectivement monsieur Rémy Luce était au forfait jour que s'il verse des mails montrant qu'il a pu travailler avant 9 h ou après 18 h, il ne produit aucun tableau récapitulatif des heures supplémentaires qu'il aurait réellement et personnellement effectuées ; qu'en outre ainsi que le relève Emergences, les statistiques annuelles des heures pointées (pièces 13-1 à 13-6) pour les années 2007 à 2012, certifiées conformes par l'expert-comptable ne mettent pas en évidence le nombre d'heures réclamées par le salarié ; que l'employeur rappelle qu'en application de la convention SYNTEC (article 3 de l'accord du 22 juin 1999 relatif à la durée du travail) les appointements des salariés « englobent les variations horaires accomplies dans une limite dont la valeur est au maximum de 10 % pour un horaire hebdomadaire de 35 heures » et que la rémunération est alors de 115% du minimum conventionnel ; qu'il n'est pas contestable comme le souligne Emergences que monsieur Rémy Luce a bénéficié de ces dispositions et a été informé de son positionnement par courrier du 19 août 2010 avec copie de ce texte (pièce 28), qu'il avait la possibilité de demander à bénéficier de récupérations pour compenser un temps de travail anormalement élevé, ce qu'il a fait le 10 novembre 2008 (pièce 33) ; qu'enfin il y a lieu de relever qu'en 2012 le calendrier des affectations de monsieur Rémy Luce montre qu'il a été affecté 79 jours sur 216 jours de travail (pièce 34) de sorte que les temps inter-missions lui permettaient le cas échéant de bénéficier des dispositions conventionnelles liées à la gestion du temps de travail ; qu'en conséquence, au vu des éléments produits en réponse par Emergences et non valablement contredits par

monsieur Rémy Luce, la cour constate que ce dernier n'étaye pas la réalisation d'heures supplémentaires pour lesquelles il aurait été missionné par son employeur, il est donc débouté d'une telle demande ;

ALORS QUE la cassation qui sera prononcée sur le troisième et le quatrième moyens entraînera par voie de conséquence, en application des articles 624 et 625 du code de procédure civile, la cassation du chef de l'arrêt ayant débouté M. Luce de sa demande de dommages et intérêts subsidiaires fondée sur la faute commise par l'employeur en le soumettant à une convention de forfait en jours dont les conditions d'application n'étaient pas satisfaites.