

23 février 2023

Cour d'appel de Grenoble

RG n° 21/02401

Ch. Sociale -Section B

Texte de la décision

Entête

C 9

N° RG 21/02401

N° Portalis DBVM-V-B7F-K4VV

N° Minute :

Copie exécutoire délivrée le :

Me Christian MENARD

la SELARL FTN

SARL DEPLANTES & CAMERINO AVOCATES ASSOCIEES

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE GRENOBLE

Ch. Sociale -Section B

ARRÊT DU JEUDI 23 FEVRIER 2023

Appel d'une décision (N° RG F 20/00275)

rendue par le Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire de BOURGOIN JALLIEU

en date du 04 mai 2021

suivant déclaration d'appel du 27 mai 2021

APPELANT :

Monsieur [C] [W]

né le 27 Janvier 1985 à [Localité 8]

de nationalité Française

[Adresse 3]

[Localité 1]

représenté par Me Christian MENARD, avocat au barreau de CHAMBERY

INTIMEES :

Association UNEDIC DÉLÉGATION AGS CGEA D'[Localité 7]

[Adresse 5]

[Localité 4]

représentée par Me Florence NERI de la SELARL FTN, avocat au barreau de GRENOBLE

S.E.L.A.R.L. MJ ALPES, ès qualités de liquidateur judiciaire de la société SN IES, représentée par Me [F] [Z], Me [B] [A] et Me [B] [N], mandataires judiciaires associés,

[Adresse 6]

[Localité 2]

représentée par Me Sofia CAMERINO de la SARL DEPLANTES & CAMERINO AVOCATES ASSOCIEES, avocat au barreau de GRENOBLE

COMPOSITION DE LA COUR :

LORS DES DÉBATS ET DU DÉLIBÉRÉ :

M. Jean-Pierre DELAVENAY, Président,

M. Frédéric BLANC, Conseiller,

Mme Hélène BLONDEAU-PATISSIER, Conseillère,

Assistés lors des débats de Mme Carole COLAS, Greffière,

DÉBATS :

A l'audience publique du 14 décembre 2022,

Monsieur BLANC, Conseiller, a été chargé du rapport, et les avocats ont été entendus en leurs observations et conclusions.

Et l'affaire a été mise en délibéré à la date de ce jour à laquelle l'arrêt a été rendu.

Exposé du litige

EXPOSE DU LITIGE':

M. [C] [W], né le 27 janvier 1985, a été embauché le 17 octobre 2011 par la société Groupe IES suivant contrat de travail à durée déterminée, puis, suivant contrat de travail à durée indéterminée à compter du 2 juillet 2012. M. [C] [W] a été embauché en qualité de calculateur, niveau E, statut ETAM de la convention collective nationale des employés, techniciens et agents de maîtrise du bâtiment, pour une durée mensuelle de travail de 160,33 heures.

Par jugement du tribunal de commerce de Lyon en date du 5 août 2014, la société Groupe IES a été placée en redressement judiciaire. Par jugement en date du 7 juillet 2015, la société Groupe IES a fait l'objet d'un plan de cession.

Le contrat de travail de M. [C] [W] a été transféré au repreneur, la société par actions simplifiée (SAS) SN IES.

En date du 23 septembre 2016, un accord d'entreprise sur l'aménagement et la réduction du temps de travail a été conclu par la SAS IES, avec effet à compter du 3 octobre 2016. L'accord a fixé la durée moyenne hebdomadaire de travail à 35 heures.

A compter du 1er janvier 2017, M. [C] [W] a été classé au niveau G, statut ETAM de la convention collective nationale du bâtiment.

En date du 21 juillet 2018, la Caisse de congés payés du bâtiment a radié la SAS SN IES.

Par jugement en date du 9 avril 2019, le tribunal de commerce de Vienne a prononcé l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à l'encontre de la SAS SN IES. La SELARL MJ Alpes, représentée par Maître [F] [P] et Maître [B] [A], a été désignée ès qualités de mandataire judiciaire.

En date du 6 septembre 2019, M. [C] [W] a été élu membre titulaire du Comité social et économique (CSE) de la société.

Par jugement en date du 17 septembre 2019, le tribunal de commerce de Vienne a prononcé la liquidation judiciaire de la SAS SN IES. La SELARL MJ Alpes a été désignée ès qualités de liquidateur judiciaire.

Par courrier en date du 23 septembre 2019, M. [C] [W] a été convoqué par la SELARL MJ Alpes, ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS SN IES, à un entretien préalable à un éventuel licenciement fixé le 2 octobre 2019.

A l'occasion de cet entretien, M. [C] [W] a accepté le contrat de sécurisation professionnelle qui lui a été remis et a, selon ses conclusions, sollicité le paiement d'heures supplémentaires.

Par décision en date du 17 octobre 2019, l'inspection du travail a autorisé le licenciement de M. [C] [W].

Par lettre en date du 21 octobre 2019, la SELARL MJ Alpes, ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS SN IES, a notifié à M. [C] [W] son licenciement pour motif économique. M. [C] [W] a été dispensé de l'exécution de son préavis de deux mois.

En date du 14 novembre 2019, les documents de fin de contrat ont été transmis à M. [C] [W].

Par requête en date du 14 septembre 2020, M. [C] [W] a saisi le conseil de prud'hommes de Bourgoin-Jallieu de diverses demandes de fixation des créances au passif de la liquidation judiciaire de la SAS SN IES et d'une réévaluation de sa classification processionnelle.

La SELARL MJ Alpes, ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS SN IES, s'est opposée aux prétentions adverses.

Par jugement en date du 4 mai 2021, le conseil de prud'hommes de Bourgoin-Jallieu a:

ORDONNÉ qu'il soit inscrit sur le relevé des créances salariales de la liquidation judiciaire de la Me SELARL MJ Alpes Mandataire Liquidateur de la SAS SN IES, au bénéfice de M. [C] [W], la somme de 1.000 euros au titre de l'absence d'entretien professionnel tous les deux ans';

DEBOUTÉ M. [C] [W] de l'ensemble de ses autres demandes aussi bien principales, que subsidiaires.

DEBOUTÉ les parties de leurs demandes au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

DIT que le présent jugement est opposable à l'AGS-CGEA d'[Localité 7] dans la limite des textes et plafonds légaux.

DIT que les dépens seront supportés à égalité par chacune des parties.

La décision a été notifiée par le greffe par lettres recommandées avec accusés de réception signés les 7 et 10 mai 2021.

Par déclaration en date du 27 mai 2021, M. [C] [W] a interjeté appel à l'encontre dudit jugement.

L'AGS-CGEA d'[Localité 7] est intervenue à l'instance, sur le fondement de l'article L. 625-1 du code de commerce.

Aux termes de ses conclusions notifiées par voie électronique le 20 août 2021, M. [C] [W] sollicite de la cour de:

Rejetant toutes fins et conclusions contraires,

DECLARER recevable et bien fondé l'appel interjeté par M. [C] [W],

CONFIRMER le jugement du conseil de prud'hommes de Bourgoin-Jallieu rendu le 4 mai 2021 en ce qu'il a :

Ordonné qu'il soit inscrit sur le relevé des créances salariales de la liquidation judiciaire de la Me SELARL MJ Alpes mandataires de la SA SN IES au bénéfice de M. [C] [W], la somme de 1000€ au titre de l'absence d'entretien professionnel tous les deux ans ;

Dit que le jugement est opposable à l'AGS-CGEA d'[Localité 7] dans la limite des textes et plafonds légaux,

Pour le surplus, RÉFORMER le jugement,

Statuant à nouveau,

A titre principal,

DIRE ET JUGER que M. [C] [W] relève de la qualification de cadre, position B, échelon 1, catégorie 2, coefficient 100,

En conséquence,

FIXER la créance de M. [C] [W] dans la procédure collective de la SAS SN IES aux sommes suivantes :

- 8 967.81 € à titre de rappel de salaire au titre de la classification cadre, position B, échelon 1, catégorie, coefficient 100, outre les congés payés afférents, soit 896.78 €,
- 1360.73 € au titre des congés payés pour fractionnement et des congés payés d'ancienneté,
- 209.93 € au titre de la prime de vacances,
- 816.31 € à titre de solde de l'indemnité de licenciement,
- 4 514.27 € à titre d'indemnité compensatrice de préavis, outre 451.42 € au titre des congés payés afférents,
- 18 320.86 € à titre de dommages et intérêts pour travail dissimulé,
- 9 160.43 € à titre de dommages et intérêts en raison de la discrimination salariale,
- 6 106.95 € à titre de dommages et intérêts pour non-respect de l'accord d'entreprise,
- 9160.43 € à titre de dommages et intérêts pour entrave dans les fonctions de représentant du personnel,

ORDONNER la remise d'un bulletin de salaire à M. [C] [W] intégrant les rappels de salaire et la rectification de l'attestation Pôle emploi pour intégrer les rappels de salaire et la qualification de cadre sous astreinte de 150 € par jour de retard à compter du 8ème jour suivant l'arrêt à intervenir.

A titre subsidiaire, et si par impossible votre cour devait débouter M. [C] [W] de sa demande de reconnaissance du statut de cadre,

FIXER à la créance de M. [C] [W] dans la procédure collective de la SAS SN IES aux sommes suivantes :

- 33.37 € outre les congés payés afférents, soit 3.33 €.
- 6 382.51 € au passif de la liquidation judiciaire de la SAS SN IES, à titre de rappel d'heures supplémentaires, outre 638,25 € au titre des congés payés afférents,
- 648.77 € au titre des congés payés d'ancienneté,
- 179.64 € au titre de la prime de vacances,
- 109.91 € à titre de solde de l'indemnité de licenciement,
- 330.53 € à titre d'indemnité compensatrice de préavis,
- 16 462.85 € à titre d'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé,
- 8 231.43 € à titre de dommages et intérêts en raison de la discrimination salariale,
- 5 487.62 € à titre de dommages et intérêts pour non-respect de l'accord d'entreprise,
- 8 231.43 € à titre de dommages et intérêts pour entrave dans les fonctions de représentant du personnel,

ORDONNER la remise d'un bulletin de salaire à M. [C] [W] intégrant les rappels de salaire et la rectification de l'attestation pôle emploi pour intégrer les rappels de salaire, sous astreinte de 150 € par jour de retard à compter du 8ème jour suivant l'arrêt à intervenir.

En tout état de cause,

FIXER la créance de M. [C] [W] dans la procédure collective de la SAS SN IES à la somme de 4 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

DIRE ET JUGER que l'arrêt sera opposable à l'AGS-CGEA d'[Localité 7] avec garantie dans la limite des textes et plafonds légaux,

CONDAMNER la SELARL MJ Alpes, mandataire liquidateur de la SAS SN IES aux entiers dépens.

Aux termes de ses conclusions notifiées par voie électronique le 28 octobre 2021, la SELARL MJ Alpes, ès qualités de liquidateur judiciaire de la SAS SN IES, sollicite de la cour de:

CONFIRMER le jugement rendu par le conseil de prud'hommes de Bourgoin-Jallieu le 4 mai 2021 en ce qu'il a débouté M. [C] [W] de l'ensemble de ses autres demandes aussi bien principales que subsidiaires.

Pour le surplus,

INFIRMER le jugement rendu par le conseil de prud'hommes de Bourgoin-Jallieu le 4 mai 2021 en ce qu'il a octroyé à M.

[C] [W] la somme de 1000 € à titre de dommages et intérêts pour absence d'entretien professionnel tous les deux ans et dit que les dépens seront supportés à égalité par chacune des parties,

DIRE ET JUGER que M. [C] [W] n'apporte pas la preuve de son préjudice pour le défaut de l'entretien professionnel,

En conséquence,

DÉBOUTER M. [C] [W] de l'intégralité de ses demandes, fins et conclusions en ce qu'elles sont infondées,

CONDAMNER M. [C] [W] au paiement de la somme de 4.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile, au profit de la SELARL MJ Alpes, ès qualité de liquidateur judiciaire de la SAS SN IES,

CONDAMNER M. [C] [W] aux entiers dépens de première instance et d'appel.

Aux termes de ses conclusions notifiées par voie électronique le 16 novembre 2022, l'AGS-CGEA d'[Localité 7] rappelle les conditions de mise en jeu de sa garantie et sollicite de la cour de':

RÉFORMER le jugement rendu par le conseil de prud'hommes de Bourgoin-Jallieu le 04 mai 2021 en ce qu'il a ordonné l'inscription sur le registre des créances salariales de la SAS SN IES de la somme de 1.000 € à titre de dommages et intérêts pour absence d'entretien professionnel.

CONFIRMER le jugement, pour le surplus.

A titre subsidiaire,

DÉBOUTER M. [C] [W] de sa demande au titre du travail dissimulé.

DÉBOUTER M. [C] [W] de ses demandes indemnitaires ou, à tout le moins, ramener leur montant à des sommes symboliques en l'absence de préjudice démontré.

En tout état de cause,

DÉBOUTER le salarié de sa demande de condamnation à l'encontre de l'AGS, la décision à intervenir pouvant seulement lui être déclarée opposable (Cass. Soc. 26 janvier 2000 n° 494 P / Cass. Soc. 18 mars 2008 n° 554 FD), celle-ci étant attraitée en la cause sur le fondement de l'article L.625-1 du code de commerce.

DÉBOUTER le salarié de toutes demandes de prise en charge par l'AGS excédant l'étendue de sa garantie, laquelle est plafonnée, toutes créances avancées pour le compte du salarié, à un des trois plafonds définis aux articles L. 3253-17 et D. 3253-5 du code du travail, lequel inclut les cotisations et contributions sociales et salariales d'origine légale ou d'origine conventionnelle imposée par la Loi ainsi que la retenue à la source prévue à l'article 204 A du code général des impôts.

DÉBOUTER le salarié de toute demande directe à l'encontre de l'AGS, l'obligation de l'AGS de faire l'avance de la somme à

laquelle serait évalué le montant total des créances garanties, compte tenu du plafond applicable, ne pouvant s'exécuter que sur présentation d'un relevé par le mandataire judiciaire (Art. L. 3253-20 du code du travail), les intérêts légaux étant arrêtés au jour du jugement déclaratif (Art. L.621-48 du code de commerce).

DÉBOUTER le salarié de sa demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile, cette créance ne constituant pas une créance découlant du contrat de travail et, partant, se situe hors le champ de garantie de l'AGS ce conformément aux dispositions de l'article L.3253-6 du code du travail.

DÉBOUTER le salarié de sa demande de condamnation de l'AGS aux dépens.

Pour un exposé complet des moyens et prétentions des parties, il convient au visa de l'article 455 du code de procédure civile de se reporter aux conclusions des parties susvisées.

La clôture de l'instruction a été prononcée le 24 novembre 2022.

L'affaire, fixée pour être plaidée à l'audience du 14 décembre 2022, a été mise en délibérée au 23 février 2023.

EXPOSE DES MOTIFS':

Sur la demande au titre de la qualification professionnelle':

Il appartient au salarié qui se prévaut d'une classification conventionnelle différente de celle dont il bénéficie au titre de son contrat de travail de démontrer qu'il assure effectivement, de façon habituelle dans le cadre de ses fonctions, des tâches et responsabilités relevant de la classification qu'il revendique.

Les fonctions réellement exercées, qui sont prises en compte pour déterminer la qualification d'un salarié, sont celles qui correspondent à son activité principale, et non celles qui sont exercées à titre accessoire ou occasionnel.

En outre, la charge de la preuve pèse sur le salarié qui revendique une classification autre que celle qui lui a été attribuée, sous la réserve néanmoins que l'employeur doit établir qu'il respecte la convention collective applicable.

En l'espèce, le contrat de travail conclu le 26 juin 2012 stipule que':

«Article 1 - Engagement

Monsieur [W] [C] est engagé à compter du 02/07/2012 en qualité de calculateur':

Etude et réalisation de plans d'exécutions,

Première consultation fournisseurs ou fabricants,

Plans de réservation,

Schémas d'armoires,

Plans d'implantation,

Synoptiques,

Réalisation de dossier technique d'appels d'offres,

Réalisation de «'DOE'». [...]

Article 3 ' Fonctions exercées

Monsieur [W] [C] est engagé ETAM ' Niveau «'E'». [...]».

À compter du 1er janvier 2017, Monsieur [W] avait été classé au niveau G de la convention collective applicable.

Monsieur [C] [W] revendique un repositionnement au statut de cadre, position B, échelon 1, catégorie 2, coefficient 100, de la convention collective des cadres du bâtiment, à compter du 1er juin 2015, en application de l'avenant n°1 du 26 septembre 2007, ayant exercé pendant plus de six mois les fonctions de responsable d'activité.

L'avenant n°1 du 26 septembre 2007 relatif à la classification des emplois, attaché à la convention collective des employés, techniciens et agents de maîtrise (ETAM) du bâtiment, prévoit que':

«Article 1er ' Définition des emplois

Catégorie G

Réalise des travaux d'exécution, de contrôle, d'organisation, d'études, de gestion, d'action commerciale portant sur un projet important ou complexe ou sur plusieurs projets

Ou

Exerce un commandement sur plusieurs équipes de salariés affectés à un projet important ou complexe ou à plusieurs projets

Résout des problèmes variés avec choix de la solution la plus adaptée tenant compte des données et contraintes d'ordre économique, technique, administratif et commercial

Sait et doit transmettre ses connaissances

Agit par délégation dans le cadre d'instructions

A un rôle d'animation

Sait faire passer l'information et conduit des relations régulières avec des interlocuteurs externes

Représente l'entreprise dans le cadre de ces instructions et délégations

Veille à faire respecter l'application des règles de sécurité

Veille à faire respecter l'application des règles de sécurité et participe à leur adaptation

Connaissance structurée des diverses techniques et savoir-faire de sa spécialité professionnelle et de leurs applications

Haute technicité dans sa spécialité

Se tient à jour dans sa spécialité*

Expérience acquise en niveau E ou formation générale, technologique ou professionnelle.

Article 3 ' Évolution de carrière

La présente classification doit permettre une réelle évolution professionnelle des ETAM du bâtiment, en leur permettant de développer leurs compétences et d'en acquérir de nouvelles.

Dans cet esprit, un entretien individuel au moins biennal avec sa hiérarchie aura lieu à l'initiative de l'employeur ou du salarié. Dans ce cas, sa demande écrite doit être prise en compte dans un délai de 3 mois.

Au cours de cet entretien, seront examinées les possibilités d'évolution de l'intéressé à l'intérieur de la classification des ETAM ou vers la classification des emplois des cadres, à partir du niveau G de la présente grille, compte tenu des compétences acquises, des critères de classement, de ses aptitudes à progresser et des emplois disponibles dans l'entreprise.

Cet entretien a également pour objet de déterminer les éventuelles actions de formation à mettre en 'uvre dans cette perspective.

Par ailleurs, dans un but de promotion, un ETAM peut à titre occasionnel effectuer des tâches relevant d'un niveau supérieur à sa qualification ; il sera promu dans le niveau de classement correspondant dès qu'il exercera ces tâches de façon habituelle, dans un délai qui ne peut être supérieur à 6 mois, décompté en une ou plusieurs périodes.

Deux ans après l'entrée en vigueur de l'accord puis tous les deux ans, un bilan des entretiens individuels fera l'objet d'une information au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel, s'il en existe.'»

Annexe I

Evolution de carrière

Deux mécanismes sont prévus :

- un dispositif « classique » de promotion en cas d'exercice habituel des tâches d'un niveau supérieur ;
- un dispositif réellement novateur, c'est-à-dire l'institution pour les ETAM du bâtiment d'un entretien individuel et régulier, au moins biennal, qui aura lieu à la demande écrite du salarié ou à l'initiative de l'employeur, afin de déterminer, compte tenu des souhaits du salarié, quelles sont ses possibilités d'évolution au sein de la grille ETAM et de la grille ETAM vers la grille Cadres. La demande écrite du salarié doit être prise en compte dans un délai de 3 mois.

Dans cette perspective, la compétence acquise par expérience prime sur les diplômes initiaux mis en 'uvre dans l'emploi. Il sera notamment tenu compte des démarches de validation des acquis de l'expérience.

Cette évolution vers la catégorie Cadres peut avoir lieu à partir de la position G de la classification ETAM. [...].

Le salarié de niveau G exerce des fonctions de plus grande amplitude que celui du niveau F. Si la nature des travaux est identique à ceux effectués par le technicien de niveau F, ils portent sur un projet important ou complexe ou sur plusieurs projets.

Parallèlement, l'agent de maîtrise exerce un commandement sur plusieurs équipes de salariés affectés à un projet important ou complexe ou à plusieurs projets.

Ce salarié résout des problèmes variés pour lesquels la solution apportée doit être la plus adaptée et tenir compte des données et contraintes d'ordre économique, technique, administratif et commercial.

Dans son rôle d'encadrement, il sait et doit transmettre effectivement ses connaissances.

A ce niveau, il agit par délégation mais celle-ci reste encadrée par les instructions reçues de sa hiérarchie.

Les relations qu'il développe avec des interlocuteurs externes sont désormais régulières par différence avec le niveau F.

Ce niveau requiert une haute technicité dans la spécialité du salarié qui possède également des connaissances de base de techniques connexes. Dans ces deux domaines, il tient à jour ses connaissances.

L'ETAM de niveau G peut être promu cadre sans avoir à valider son expérience en tant qu'ETAM de niveau H, c'est-à-dire sans avoir à « passer » nécessairement par le niveau H de la grille ETAM.

Le niveau H est le niveau de confirmation des salariés de niveau G. C'est un niveau nouvellement créé qui marque le sommet de la classification des ETAM.

C'est pourquoi le contenu d'activité est uniquement défini par l'expérience confirmée qui donne au salarié la complète maîtrise des fonctions de niveau G. Cette approche permet également de marquer la différence entre le maître et les cadres.

Sa large expérience lui permet d'agir par délégation dans le cadre de directives qui demeurent précises. Dans ce cadre, il représente l'entreprise.

Il assure une communication « montante et descendante » et fait le lien entre le personnel placé sous son autorité et la hiérarchie. Vis-à-vis des interlocuteurs externes, il conduit des relations fréquentes.

Le salarié de niveau H possède des connaissances parfaitement maîtrisées dans sa spécialité dont il est un très haut technicien, Il doit également posséder une technicité courante dans des domaines connexes. En cela, il se distingue du salarié de niveau G qui sur ce point ne possède que des connaissances de base.'».

La convention collective nationale des cadres du bâtiment prévoit que «la classification des cadres du bâtiment résulte de la convention collective nationale du 30 avril 1951 concernant les appointements minima des ingénieurs et cadres du bâtiment.'».

La convention collective nationale relative aux appointements minima des ingénieurs, assimilés et cadres du bâtiment et des travaux publics stipule que':

«'POSITION B - Ingénieur ou assimilé 1er échelon - Catégorie 1

Fonction exercée par l'ingénieur ou assimilé ayant au moins 4 ans de pratique de la profession (2), possédant une formation technique appuyée sur des connaissances générales ainsi que des qualités intellectuelles et humaines, qui lui permettent de se mettre rapidement au courant de la conduite des travaux, des questions de production, de fabrication, d'études, d'essais, d'achats ou de ventes, etc.

La fonction exige la mise en 'uvre de ces connaissances et qualités. Mais l'initiative de l'intéressé est limitée et la responsabilité finale des décisions revient en fait à son chef.

L'intéressé coordonne éventuellement les travaux des techniciens, agents de maîtrise, dessinateurs ou employés travaillant aux mêmes tâches que lui.

La place hiérarchique de cette catégorie se situe au-dessus des classifications d'agent de maîtrise. [...]

Ingénieur ou assimilé 1er échelon - Catégorie 2

L'intéressé remplit toutes les conditions ci-dessus et, en outre, partant d'instructions précises données par son supérieur, doit avoir à prendre les initiatives et à assumer les responsabilités que nécessite la réalisation de ces instructions.

Cette fonction trouve plus généralement sa place dans les entreprises à structure simple.

EXEMPLES :

Ingénieur d'études et d'exécution (3) : Généralement, sous les ordres directs du chef d'entreprise, étudie les projets courants de l'un ou l'autre des corps d'état du bâtiment et peut participer à leur exécution. Son emploi l'amène à prendre les initiatives et à assumer les responsabilités que peuvent comporter les tâches qui lui sont confiées.

Ingénieur d'exécution : A les capacités de l'ingénieur adjoint d'exécution, mais peut avoir à diriger un chantier sous l'autorité d'un conducteur de travaux 2e échelon, s'occupant simultanément de plusieurs chantiers.'»

D'une première part, il ressort de la convention collective ETAM qu'à compter de la catégorie G, il est possible pour un salarié d'évoluer de la grille ETAM vers la grille Cadres, de sorte que M. [W] peut solliciter une reclassification professionnelle au statut de cadre, position B.

D'une deuxième part, M. [C] [W] verse aux débats un mail en date du 17 novembre 2014 (pièce 22), libellé dans les termes suivants':

«Vous n'êtes pas sans ignorer le départ de notre ami [T] [I], qui vogue vers d'autres horizons... je lui souhaite réussite, longévité et pérennité dans tout ce qu'il va entreprendre.

Nous devons préparer l'avenir autrement':

- À compter du lundi 21/11, il sera accompagné de Mr [R] [K] pour la transmission de dossiers, visite des clients, prise en main, fonctionnement, etc...
- Mr [C] [W] prendra en charge la responsabilité de notre réseau informatique et correspondance avec nos prestataires, Axial, SYLOG, etc... (voir passation avec [T] et [R])
- Il est primordial de faire fonctionner l'administratif des petits travaux de la même façon que la maintenance, qui fonctionne parfaitement bien!! même support!! Mme [O] [MU] et Mr [U] [S] auront la charge de cette gestion! (planning, appro, facturation, gestion dépannage, etc.) Voir pour préparer ce mode de fonctionnement.
- Mr [W] [C] viendra renforcer la technique du groupe, plusieurs réunions de travail à prévoir avec ([T] [I], [R] [K], [J] [D], [AO] [EK]), afin d'opérer un mode de fonctionnement pour les mises en service, la sauvegarde des logiciels ainsi que les paramétrages sur les différents sites. Mr [W] sera l'interlocuteur à ce niveau. De même, il pourra conforter l'équipe existante pour les mises en service. Mise en place souhaité pour le 5/01 afin d'avoir un temps de réglage.'».

Par ailleurs, il ressort d'un relevé de décision, en date du 24 novembre 2014 et ayant pour objet la réorganisation du pôle maintenance et petits travaux avant le départ de M. [I], que M. [W] est indiqué comme «'Responsable du réseau interne I.E.S.'» à compter du 1er décembre 2014 (pièce 23).

Il est également précisé que «'Mr. [W] doit tourner avec [T] et les techniciens sur les chantiers pour les mises en service et récupérer les sauvegardes'», «'Rachat de 2 PC Portable pour': Mr. [W] et un technicien.'», ainsi que deux tâches confiées à M. [I] et à M. [W]': «'Urgent semaine 49 - Trouver solution des sauvegardes'» et «'Revoir arborescence et droits d'accès serveur ' Faire point avec PH lundi 01/12/2014'».

En outre, M. [W] produit le compte-rendu de réunion du 22 décembre 2014':

«'Notre activité sera donc répartie en deux pôles principaux':

- 1 pôle': Maintenance et petits travaux sous la direction de Mr [E] [M]
- 1 pôle': Travaux sous la direction de Mr [Y] [L].

MAINTENANCE ET PETITS TRAVAUX':

Mr [E] [M] sera aidé dans sa tâche par Mr [R] [K] et Mr [ME] [FA] pour le suivi commercial, le chiffrage et le suivi de chantier.

Mme [O] [MU] et Mr [U] [S] auront en charge le suivi administratif des rapports, de la facturation, de l'approvisionnement, ainsi que la planification.

Mme [MU] aura la gestion des appels de dépannages et de maintenances et Mr [S] la gestion des appels petits travaux.

Mr [C] [W] viendra en renfort technique afin d'assurer les mises en service, il aura la gestion du réseau informatique de l'entreprise, ainsi que la gestion des sauvegardes logiciels et paramétrages des clients.» (pièce 23).

M. [W] verse également aux débats l'organigramme de la société SN IES (pièce 27), non daté, sur lequel le salarié apparaît, au même titre que Messieurs [Y] [L], [E] [M] et [G] [V], directement sous les ordres de M. [X] [H], président de la société.

Finalement, le salarié produit deux notes de service en date du 27 avril 2016 et du 26 juillet 2016 qui précisent: «'Instruction est donc donnée à [C] [W] d'interdire toutes écritures sur les anciens répertoires à partir de lundi 2 mai matin': vous pouvez consulter les données et les copier sur les nouveaux répertoires si besoin. Si des problèmes de droit d'accès se posent, merci de contacter [C] [W].'» pour la première, et «'De même, je vous informe avoir demandé à [C] [W] que tous les mails vous étant destinés soient transmis en copie, pendant votre absence, à la boîte [...].'» pour la seconde.

En réponse à ces éléments, l'employeur affirme, sur la base des pièces produites par le salarié, que M. [W] n'a pas été promu responsable du réseau informatique, puisque les fonctions de M. [T] [I] ont été «'dispatchées entre Monsieur [R] [K], Monsieur [C] [W], Madame [O] [MU] et Monsieur [U] [S]'» et que, selon le compte-rendu de réunion du 22 décembre 2014 M. [M] était le superviseur de l'ensemble du pôle Maintenance et Petits travaux, de sorte que les fonctions du salarié ne correspondent pas au statut de cadre mais «'entrent dans le cadre de sa classification d'ETAM niveau G'» (page 9 des écritures de la société).

Il ressort de ces éléments que la société SN IES a confié à M. [C] [W] une plus grande responsabilité du réseau informatique et qu'il est devenu l'interlocuteur principal concernant la technique du groupe (mises en service, sauvegarde des logiciels et paramétrages sur les différents sites), tandis que la transmission des dossiers et des clients et l'administratif ont été confiés à d'autres salariés à compter du 1er décembre 2014.

Cependant, M. [C] [W] ne justifie pas qu'il exerçait ses fonctions dans le cadre de la conduite des travaux, des questions de production, de fabrication, d'études, d'essais, d'achats ou de ventes, etc

En outre, le compte-rendu de réunion du 22 décembre 2014 et les deux notes de services précitées en date d'avril et de juillet 2016 mettent uniquement en évidence que M. [C] [W] exerçait des missions techniques de support, sans qu'il apparaisse pour autant qu'il en assumait la responsabilité, même limitée, dans le cadre de l'entreprise, puisqu'en interne, il s'agit bien du dirigeant qui donne des ordres précis s'agissant de son intervention.

Finalement, il ressort de l'entretien professionnel de mai 2016 que le salarié n'a émis aucun commentaire s'agissant de son poste indiqué «'calculateur'», de ses activités exercées et qu'à l'inverse, il était en attente d'un plan de carrière depuis février 2016.

Dès lors, en l'absence d'autres éléments probants sur la matérialité de ses fonctions, M. [C] [W] n'établit pas suffisamment que ses fonctions correspondaient à la classification professionnelle du statut cadre, position B, échelon 1er depuis le 1er juin 2015.

Par conséquent, par confirmation du jugement entrepris, il convient de débouter M. [W] de l'ensemble de ses demandes afférentes à sa demande de repositionnement professionnel.

Sur la demande au titre l'inégalité de traitement':

En vertu du principe «à travail égal, salaire égal», l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés pour autant qu'ils sont placés dans une situation identique.

Ce principe n'interdit donc pas des différences entre salariés qui effectuent le même travail ou un travail de valeur égale lorsqu'elles reposent sur des éléments objectifs matériellement vérifiables et étrangers à toute discrimination.

Il incombe au salarié, qui s'estime lésé, de présenter au juge les éléments de faits susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de rémunération, à charge pour l'employeur d'établir que la disparité de la situation constatée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination dont il appartient au juge d'en apprécier la réalité et la pertinence.

Il s'ensuit qu'il appartient au salarié qui invoque une atteinte au principe d'égalité de traitement de démontrer qu'il se trouve dans une situation identique ou similaire à ceux auxquels il se compare, à charge ensuite pour l'employeur d'établir que la différence de traitement mise en évidence trouve une justification objective.

En l'espèce, M. [C] [W] allègue l'existence de deux inégalités de traitement salarial':

- Une différence concernant le nombre d'heures hebdomadaires de travail entre les salariés de bureau et les salariés de chantier, ayant pour conséquence le paiement d'heures supplémentaires pour les seconds';
- Une différence de rémunération avec M. [T] [I], prédécesseur de M. [W] au poste de responsable informatique.

D'une première part, il résulte d'une note de service, en date du 25 janvier 2018, que le personnel du bureau avait pour temps de travail 35 heures hebdomadaires, sauf autorisation écrite et expresse de la part du président de la société.

Une seconde note de service, datée du 16 octobre 2018 et produite par le salarié, précise que pour le personnel de

chantier, la durée hebdomadaire de travail sera de 42,5 heures à partir du 22 octobre 2018 jusqu'au 21 décembre 2018 en raison de la charge de travail et des contraintes des clients.

Ainsi, il ressort de ces deux notes de service qu'il existe une différence de traitement entre le personnel du bureau et le personnel de chantier.

Cependant, M. [C] [W] n'apporte aucun élément de fait susceptible de caractériser une situation identique ou similaire entre les deux catégories de personnel (bureau et chantier) qui n'apparaissent pas soumis aux mêmes contraintes, ni à la même charge de travail.

En outre, il résulte de la seconde note de service que la demande d'heures supplémentaires effectuée par l'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction, était limitée dans le temps, M. [C] [W] n'apportant aucun élément susceptible d'établir que cette situation aurait perduré.

Dès lors, M. [C] [W] échoue à établir qu'il était, en tant que personnel de bureau, dans une situation identique ou similaire au personnel de chantier.

D'une seconde part, il ressort d'un mail en date du 17 novembre 2014 et du compte-rendu d'une réunion du 22 décembre 2014, que M. [C] [W] n'a pas exercé l'intégralité des fonctions de M. [T] [I], mais qu'il a uniquement été chargé du réseau informatique, les fonctions concernant les petits travaux et la maintenance ayant été assignées à d'autres salariés.

En outre, le salarié ne produit aucun élément probant susceptible de caractériser une inégalité avec le salaire qu'aurait perçu M. [T] [I].

Dès lors, quand bien même le salarié s'est vu attribuer une partie des fonctions de M. [T] [I], M. [C] [W] échoue à démontrer avoir été dans une situation identique ou similaire à ce dernier.

Par conséquent, il résulte des énonciations précédentes que M. [C] [W] n'apporte pas suffisamment d'éléments permettant d'établir qu'il se trouvait dans une situation identique ou similaire avec les salariés auxquels il se compare, de sorte qu'il convient de le débouter de sa demande au titre de l'inégalité de traitement.

Le jugement entrepris est donc confirmé de ce chef.

Sur la demande au titre de l'absence d'entretiens professionnels':

L'article 6315-1 du code du travail, dans ses différentes versions en vigueur applicables au litige, prévoit l'organisation d'un entretien professionnel tous les deux ans, consacré aux perspectives d'évolution professionnelle du salarié, notamment en termes de qualifications et d'emploi. Cet entretien ne porte pas sur l'évaluation du travail du salarié.

En l'espèce, il ressort des pièces produites par les parties que M. [C] [W] n'a bénéficié que d'un seul entretien professionnel le 17 mai 2016, alors qu'il a été embauché le 17 octobre 2011 et a été licencié le 21 octobre 2019.

L'employeur ne justifie pas de l'organisation des entretiens professionnels, ni de leur absence, la SELARL MJ Alpes indiquant qu'elle «ignore totalement si d'autres entretiens professionnels ont eu lieu» (page 20 de ses écritures).

Le préjudice, à tout le moins moral, de M. [W] est établi et significatif puisqu'il a été relevé, dans son entretien d'évaluation de 2016, le fait qu'il était en attente d'un plan de carrière depuis février 2016, et alors que de nouvelles tâches lui ont été attribuées en 2014, suite au départ de M. [T] [I].

Dès lors, l'absence persistante d'organisation d'entretiens professionnels a généré une perte de chance jugée certaine pour M. [W] d'avoir eu une évolution professionnelle plus favorable, eu égard à l'augmentation de ses fonctions et compétences et à son ancienneté de 9 ans au moment de son licenciement.

Motivation

Par conséquent, par confirmation du jugement entrepris, il convient d'ordonner la fixation au passif de la société SN IES la somme de 1'000'€ à titre de dommages et intérêts au profit de M. [W] au titre de l'absence d'entretiens professionnels.

Sur la demande au titre de l'entrave dans les fonctions de représentant du personnel':

Aux termes de l'article L.2314-4 du code du travail, l'employeur doit organiser des élections professionnelles tous les 4 ans.

En l'espèce, alors que M. [C] [W] allègue qu'une élection aurait dû avoir lieu en novembre 2018 au moment de la fin du mandat des délégués du personnel, l'élection n'a eu lieu qu'en septembre 2019, le salarié ayant été élu le 6 septembre 2019.

L'employeur n'apporte aucun élément permettant d'établir qu'il a accompli les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel tous les quatre ans, ni qu'un procès-verbal de carence aurait été établi.

Ainsi, la société SN IES a commis une faute qui a causé un préjudice au salarié en ce qu'il a été ainsi privé d'une possibilité de représentation et de défense à niveau collectif de ses intérêts.

En outre, il ressort d'un courrier de M. [W], du 14 septembre 2019, que celui-ci a sollicité les informations nécessaires concernant la situation économique et financière de l'entreprise, en particulier les exercices comptables, sans que celles-ci ne lui soient communiquées.

Dès lors, au visa de l'article L.'2317-1 du code du travail, il résulte des énonciations précédentes que l'employeur ne démontre pas avoir rempli les diligences nécessaires à ses obligations en matière d'élections professionnelles.

Or, en l'absence des élections professionnelles en 2018, les délégués du personnel, dont a fait partie M. [W] avec les élections de 2019, n'ont pas pu prendre part au processus concernant la mise en redressement judiciaire de la société et ont donc été privés de la possibilité de défendre les intérêts des salariés.

En conséquence, par infirmation du jugement entrepris, il convient d'ordonner la fixation au passif de la SA SN IES, au bénéfice de M. [C] [W], de la somme de 2000'€ au titre de dommages et intérêts pour manquement à ses obligations en matière d'élections et de représentation du personnel, le surplus de la demande étant rejeté

Sur la demande de rappel de salaire au titre des heures supplémentaires par application de l'accord d'entreprise':

Dans leur version en vigueur jusqu'au 10 août 2016, les articles L.'3122-2 et L.'3122-4 du code du travail disposent que':

«'Article L.'3122-2

Un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche peut définir les modalités d'aménagement du temps de travail et organiser la répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année. Il prévoit :

- 1° Les conditions et délais de prévenance des changements de durée ou d'horaire de travail ;
- 2° Les limites pour le décompte des heures supplémentaires ;
- 3° Les conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences ainsi que des arrivées et départs en cours de période.

Article L.'3122-4

Lorsqu'un accord collectif organise une variation de la durée de travail hebdomadaire sur tout ou partie de l'année ou lorsqu'il est fait application de la possibilité de calculer la durée du travail sur une période de plusieurs semaines prévue par le décret mentionné à l'article L. 3122-2, constituent des heures supplémentaires, selon le cadre retenu par l'accord ou le décret pour leur décompte :

- 1° Les heures effectuées au-delà de 1 607 heures annuelles ou de la limite annuelle inférieure fixée par l'accord, déduction faite, le cas échéant, des heures supplémentaires effectuées au-delà de la limite haute hebdomadaire éventuellement fixée par l'accord et déjà comptabilisées;
- 2° Les heures effectuées au-delà de la moyenne de trente-cinq heures calculée sur la période de référence fixée par l'accord ou par le décret, déduction faite des heures supplémentaires effectuées au-delà de la limite haute hebdomadaire fixée, le cas échéant, par l'accord ou par le décret et déjà comptabilisées.'».

Dans leurs versions en vigueur depuis le 10 août 2016, les articles L.'3121-41 et L.'3121-44 du code du travail disposent que':

«'Article L.'3121-41

Lorsqu'est mis en place un dispositif d'aménagement du temps de travail sur une période de référence supérieure à la semaine, les heures supplémentaires sont décomptées à l'issue de cette période de référence.

Cette période de référence ne peut dépasser trois ans en cas d'accord collectif et neuf semaines en cas de décision unilatérale de l'employeur.

Si la période de référence est annuelle, constituent des heures supplémentaires les heures effectuées au-delà de 1 607 heures.

Si la période de référence est inférieure ou supérieure à un an, constituent des heures supplémentaires les heures effectuées au-delà d'une durée hebdomadaire moyenne de trente-cinq heures calculée sur la période de référence.

Article L.'3121-44

En application de l'article L. 3121-41, un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche peut définir les modalités d'aménagement du temps de travail et organiser la répartition de la durée du travail sur une période supérieure à la semaine. Il prévoit :

- 1° La période de référence, qui ne peut excéder un an ou, si un accord de branche l'autorise, trois ans ;

2° Les conditions et délais de prévenance des changements de durée ou d'horaires de travail ;

3° Les conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences ainsi que des arrivées et des départs en cours de période de référence.

Lorsque l'accord s'applique aux salariés à temps partiel, il prévoit les modalités de communication et de modification de la répartition de la durée et des horaires de travail.

L'accord peut prévoir une limite annuelle inférieure à 1 607 heures pour le décompte des heures supplémentaires.

Si la période de référence est supérieure à un an, l'accord prévoit une limite hebdomadaire, supérieure à trente-cinq heures, au-delà de laquelle les heures de travail effectuées au cours d'une même semaine constituent en tout état de cause des heures supplémentaires dont la rémunération est payée avec le salaire du mois considéré. Si la période de référence est inférieure ou égale à un an, l'accord peut prévoir cette même limite hebdomadaire. Les heures supplémentaires résultant de l'application du présent alinéa n'entrent pas dans le décompte des heures travaillées opéré à l'issue de la période de référence mentionnée au 1°.

L'accord peut prévoir que la rémunération mensuelle des salariés est indépendante de l'horaire réel et détermine alors les conditions dans lesquelles cette rémunération est calculée, dans le respect de l'avant-dernier alinéa.'».

L'accord d'entreprise sur une réduction du temps de travail et l'aménagement du temps de travail, conclu par la SAS SN IES et un syndicat et en date du 23 septembre 2016, prévoit que':

«'Préambule

[...] Le présent accord instituant un aménagement de la durée collective du travail a été conclu dans le cadre des dispositions de l'article L.3122-1 à 6 du code du travail.

Article 2 ' La durée du travail

2-2-2 Nouvelle durée de travail

À compter du 3 octobre 2016, la durée collective de travail effectif des salariés bénéficiaires du présent accord est de 35 heures en moyenne par semaine. [...].

Sur un an, la durée annuelle du travail ne peut dépasser la durée annuelle limite telle que fixée par la réglementation en vigueur, soit au jour des présentes 1'607 heures. [...].

La période de référence est définie comme suit': «'période de douze mois consécutifs'».

La première période de référence débutera le 3 octobre 2016, date d'entrée en vigueur de l'accord, pour se terminer le 30 juin 2017 et ensuite débutera chaque année le 1er juillet pour se terminer le 30 juin et ainsi de suite.

Article 3 ' Modalités d'application de la réduction du temps de travail

3 -2 Principe de l'annualisation

L'annualisation est établie sur la base d'un horaire hebdomadaire moyen, qui peut varier sur tout ou partie de l'année à condition que sur une période qui ne peut excéder un an, cet horaire n'excède pas l'horaire moyen fixé par le présent accord, de telle sorte que les heures effectuées au-delà et en-deçà de celui-ci se compensent arithmétiquement dans le cadre de la période annuelle adoptée.

L'horaire moyen servant de base à la modulation est l'horaire de 35 heures par semaine.

Chaque salarié devra donc effectuer un contingent annuel d'heures sur une période dite de référence.

3 ' 3 Programmation indicative des variations d'horaires et limites horaires

[...]

En période haute activité, la durée du travail est par principe répartie sur 5 jours, du lundi au vendredi.

Le nombre d'heures hebdomadaires de travail peut varier jusqu'à 48 heures, dite limite supérieure. Il est convenu d'éviter au maximum de recourir aux heures supplémentaires.

En période basse activité, la limite minimum de travail sera de 0.

En période dite normale, la durée du travail est par principe répartie sur 4,5 jours. Les salariés travailleront sur une base de 35 heures par semaine. [...]

3 -5 Les heures supplémentaires

Les parties conviennent de déclarer que le recours aux heures supplémentaires reste possible et demeure du pouvoir de direction du chef d'entreprise.

Dans la mesure du possible, il sera fait application du principe du volontariat, étant précisé que les salariés ne peuvent pas refuser d'effectuer des heures supplémentaires, demandées par la direction.

Sont considérées comme heures supplémentaires':

- Les heures effectuées au-delà de 48'heures par semaine,
- Les heures effectuées au-delà de la moyenne de 35'heures calculée sur la période de référence fixée par l'accord (déduction faite, le cas échéant, des heures supplémentaires effectuées au-delà de la limite haute hebdomadaire et déjà comptabilisées.
- Le suivi de l'annualisation, notamment des heures effectivement travaillées, se fait hebdomadairement et en fin de période de référence.

En outre, il est convenu de mettre en place une banque d'heures, de sorte que pour une heure effectuée en période haute, au-delà de 35'heures et dans la limite de 48'heures, le compteur sera crédité d'une heure.

Pour les heures effectuées au-delà de 48'heures, le compteur sera crédité d'une heure majorée.

Si au 30 juin de chaque année (fin de période de référence), il reste des heures en crédit, le salarié aura le choix entre':

- Le paiement des heures en totalité ou partiellement,
- Le report sur la période de référence suivante en totalité ou partiellement,
- La prise de jours de repos en totalité ou partiellement,
- Un mix des trois.

La direction se réserve le droit de refuser les prises de jours de repos si elles nuisent à la bonne marche de l'entreprise.

En cas de décompte débiteur en fin de période de référence, le salarié restera acquis au salarié.

Enfin, en cas de départ de l'entreprise en cours d'année, la rémunération est régularisée sur la base du temps de travail réellement effectuée depuis le début de la période de modulation. Cette régularisation s'effectue également lorsque le salarié quitte l'entreprise pour un congé parental, ou un congé de formation et que son retour dans l'entreprise n'est prévu qu'après la fin de la période de modulation. [...]

Article 4 ' Rémunération du personnel bénéficiant de l'accord

En raison de l'annualisation des horaires, les rémunérations mensuelles sont fixées sur la base de l'horaire hebdomadaire moyen annuel, afin d'assurer au salarié une rémunération mensuelle régulière indépendante de l'horaire réelle, à savoir 35 heures/semaine.

La rémunération sera donc lissée chaque mois sur la base de cette nouvelle durée conventionnelle du travail hebdomadaire appliquée dans l'entreprise pendant la durée de la période de référence de l'annualisation. [...]'.».

En l'espèce, M. [C] [W] sollicite le paiement d'heures supplémentaires en raison de l'instauration d'une banque d'heures par l'accord d'entreprise précité.

D'une première part, il ressort de l'accord de réduction et d'aménagement du temps de travail du 23 septembre 2016, qu'en raison de la mise en place d'une modulation du temps de travail sur l'année, un compteur d'aménagement horaire portait en crédit une heure pour une heure effectuée en période haute, au-delà de 35 heures et dans la limite de 48 heures et d'une heure majorée pour les heures effectuées au-delà de 48 heures; un lissage de rémunération était ainsi prévu sur la base de la durée moyenne de travail de 35 heures par semaine.

D'une deuxième part, bien que la société ait suivi l'année civile comme période de référence, c'est-à-dire de janvier à décembre, alors que l'accord prévoit expressément comme période de référence du 1^{er} juillet au 30 juin de l'année suivante, il ressort des bulletins de paie du salarié que la société a payé ce dernier d'une indemnité crédit d'heures au mois de janvier 2017, au mois de janvier 2018 et au mois de janvier 2019 sur la base d'un taux salarial normal et non majoré.

Cependant, il ressort du décompte des heures effectuées et payées en 2016, 2017 et 2018, sur la base des bulletins de salaire et du calcul produit par le liquidateur judiciaire, que M. [C] [W] a travaillé ces trois années plus de 1'607 heures, de sorte que les heures inscrites au compteur correspondent à des heures supplémentaires au sens de l'article L.3121-41 du code du travail.

De plus, l'employeur n'établit pas que les heures en cause ne constituent pas des heures supplémentaires, d'autant qu'il ressort d'un mail en date du 12 octobre 2016 que le Président de la société a informé M. [C] [W] que «Compte tenu de la charge de travail du bureau d'étude, nous passons à 39h00 par semaine à partir du lundi 17/10/16. 8h00/12h00 ' 13h00/17h30 du lundi au jeudi. 8h00/13h00 le vendredi'».

En outre, il importe peu que, selon les organes de la procédure collective de la société employeur le crédit d'heures du salarié soit devenu négatif à la fin de l'année par suite du paiement des heures supplémentaires par l'employeur, dès lors que le salarié est fondé à solliciter à tout le moins, non pas le paiement d'heures en plus de celles du compteur d'heures, mais uniquement le paiement de la majoration de heures créditées au compteur d'heure.

Ainsi, il ressort du décompte produit par le liquidateur que la société SN IES a effectivement payé M. [C] [W] des heures créditées sur le compteur d'heures, mais à un taux normal au lieu d'un taux majoré, alors que les heures en cause constituent des heures supplémentaires devant être majorées.

D'une troisième part, faute pour l'accord de prévoir le taux de majoration des heures supplémentaires comptabilisées par le compteur d'heures, il convient, en application de l'article L.3121-36 du code du travail, d'appliquer une majoration à hauteur de 25%.

M. [C] [W] sollicite la somme de 6'382,51'€, correspondant à la totalité du paiement des heures supplémentaires majorées à 25%.

Cependant, la société SN IES a rémunéré lesdites heures au taux normal, de sorte que M. [C] [W] est uniquement bien fondé à demander le paiement de la majoration des heures, son calcul étant ainsi erroné.

Ainsi, il convient d'effectuer le calcul suivant': [montant des heures majorées à 25%] ' [montant des heures rémunérées], de sorte que la majoration des heures supplémentaires correspond aux sommes suivantes':

5772,46'€ - 3'594,32'€ = 2'178,14'€ pour les heures effectuées en 2017,

455,35'€ - 363,89'€ = 91,45'€ pour les heures effectuées en 2018,

154,71'€ - 123,63'€ = 31,08'€ pour les heures effectuées en 2019.

Par conséquent, par infirmation du jugement entrepris, il convient d'ordonner la fixation au passif de la société SN IES, au bénéfice de M. [C] [W], de la somme de 2'300,67'€ brut au titre du rappel de salaire pour majoration des heures supplémentaires entre 2017 et 2019, outre 230,06'€ brut de congés payés afférents.

Sur la demande au titre du non-respect de l'accord d'entreprise':

L'accord d'entreprise sur une réduction du temps de travail et l'aménagement du temps de travail, conclu par la SAS SN IES et le syndicat et en date du 23 septembre 2016, prévoit que':

« 2-2-2 Nouvelle durée de travail

À compter du 3 octobre 2016, la durée collective de travail effectif des salariés bénéficiaires du présent accord est de

35'heures en moyenne par semaine. [...]

3 -5 Les heures supplémentaires

Les parties conviennent de déclarer que le recours aux heures supplémentaires reste possible et demeure du pouvoir de direction du chef d'entreprise ».

Dans la mesure du possible, il sera fait application du principe du volontariat, étant précisé que les salariés ne peuvent pas refuser d'effectuer des heures supplémentaires, demandées par la direction ».

En l'espèce, par mail du 12 octobre 2016, le Président de la société a informé M. [C] [W] que «'Compte tenu de la charge de travail du bureau d'étude, nous passons à 39h00 par semaine à partir du lundi 17/10/16. 8h00/1200 ' 13/h00/17h30 du lundi au jeudi. 8h00/13h00 le vendredi'».

Toutefois, l'employeur ne démontre pas que le passage à 39h00 par semaine a été limité dans le temps, d'autant qu'il ressort d'une note de service en date du 25 janvier 2018, que le personnel du bureau passait à 35'heures hebdomadaires, sauf autorisation écrite et expresse de la part du président de la société.

Dès lors, la société, sur qui repose la charge de la preuve, ne démontre pas qu'elle a respecté l'accord d'entreprise quant à la réduction du temps de travail à 35'heures entre octobre 2016 et janvier 2018 et quant au paiement des heures supplémentaires accomplies compte tenu du compteur d'heures créé par ledit accord d'entreprise.

Or, M. [C] [W] établit suffisamment avoir subi un préjudice en raison du non-paiement de la majoration de ses heures supplémentaires, du versement d'une allocation d'aide au retour à l'emploi inférieure à celle qu'il aurait dû avoir en raison du non-paiement de la majoration de ses heures supplémentaires et de l'impact indirect sur le remboursement de son prêt immobilier.

Par conséquent, par infirmation du jugement entrepris, il convient d'ordonner la fixation au passif de la société SN IES, au bénéfice de M. [C] [W], de la somme de 1'500'€ nets au titre de dommages et intérêts pour non-respect de l'accord d'entreprise relatif à la réduction et l'aménagement du temps de travail.

Sur la demande au titre du travail dissimulé':

Aux termes de l'article L.8223-1 du code du travail, le salarié auquel l'employeur a recours dans les conditions de l'article L.8221-3 ou en commettant les faits relatifs au travail dissimulé prévus à l'article L.8221-5 du même code a droit, en cas de rupture de la relation de travail, à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire.

L'article L.8221-5 du code du travail dispose notamment qu'est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour un employeur de mentionner sur les bulletins de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli.

Toutefois, la dissimulation d'emploi salarié prévue par ces textes n'est caractérisée que s'il est établi que l'employeur a agi de manière intentionnelle. Le caractère intentionnel du travail dissimulé est caractérisé lorsqu'il est établi que l'employeur a, de manière intentionnelle, mentionné sur le bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué. L'intention ne peut être déduite du seul recours à un contrat inapproprié.

En l'espèce, l'intention délibérée est suffisamment établie par M. [C] [W] en raison du non-paiement par la société, de manière volontaire et consciente, de la majoration des heures supplémentaires au-delà des 1'607'heures annuelles par rapport au décompte d'heures entre 2017 et 2019.

Par conséquent, par infirmation du jugement entrepris, il convient d'ordonner la fixation au passif de la société SN IES, au bénéfice de M. [C] [W], de la somme de 16'462,85'€ net au titre de l'indemnité pour travail dissimulé.

Sur la demande au titre des congés payés d'ancienneté:

L'article 5.1.1 de la convention collective nationale des employés, techniciens et agents de maîtrise prévoit que':

«Au-delà des jours de congés légaux et de fractionnement, les ETAM présents dans les effectifs d'une entreprise du BTP au 31 mars de l'année de référence bénéficient de jours de congés payés supplémentaires d'ancienneté aux conditions suivantes :

- 2 jours ouvrables pour les ETAM ayant, à la fin de la période de référence, plus de 5 et moins de 10 ans de présence dans l'entreprise ou ayant plus de 10 ans mais moins de 20 ans de présence dans une ou plusieurs entreprises relevant d'une caisse de congés payés du bâtiment ou des travaux publics;
- 3 jours ouvrables pour les ETAM ayant, à la fin de la période de référence, plus de 10 ans de présence dans l'entreprise ou plus de 20 ans de présence dans une ou plusieurs entreprises relevant d'une caisse de congés payés du bâtiment ou des travaux publics.

Ces jours de congés supplémentaires, sauf accord exprès de l'entreprise, seront pris en dehors du congé principal et

selon les nécessités de l'entreprise.'».

En l'espèce, il ne ressort pas des bulletins de paie que les deux jours de congés d'ancienneté ont été octroyés à M. [C] [W].

Les organes de la procédure collective ne développent aucun moyen pertinent, ni ne produisent aucune pièce probante à ce titre, se contentant d'alléguer dans leurs écritures que le salarié «réclame des congés d'ancienneté prévus pour les cadres'» (page 11 des conclusions).

Par conséquent, par infirmation du jugement entrepris, il convient d'ordonner la fixation au passif de la SA SN IES la somme de 648,77'€ bruts au titre des congés payés d'ancienneté.

Sur la demande de rappel de salaire en raison du logiciel de paie':

M. [W] sollicite la somme de 33,37'€ au titre d'un rappel de salaire en affirmant que «la rémunération versée à M. [C] [W] est en dessous du minimum conventionnel à hauteur de 2 décimales, en raison du logiciel de paie.'».

Cependant, sans inverser la charge de la preuve, le salarié ne mentionne ni le mois, ni l'année correspondant à sa demande, ni en quoi son salaire serait en dessous du minimum conventionnel à cause du logiciel de paie, empêchant aux organes de la procédure collective de justifier que l'employeur a respecté effectivement les accords collectifs applicables en matière de minima conventionnels.

Par conséquent, par confirmation du jugement entrepris, en l'absence de moyen pertinent développé, il convient de débouter le salarié de sa demande de rappel de salaire.

Sur la demande au titre de la prime de vacances':

L'article 5.1.2 de la convention collective nationale des employés, techniciens et agents de maîtrise du bâtiment du 12 juillet 2006 prévoit que':

«Une prime de vacances égale à 30 % de l'indemnité de congés correspondant aux 24 jours ouvrables de congés,

institués par la loi du 16 mai 1969, acquis sur la base de 2 jours ouvrables de congés par mois de travail, est versée aux ETAM après 6 mois de présence dans une ou plusieurs entreprises relevant d'une caisse de congés payés du bâtiment ou des travaux publics.

Cette prime, qui ne se cumule pas avec les versements qui ont le même objet, est versée en même temps que l'indemnité de congés».

En l'espèce, il ressort des bulletins de paie du salarié, entre décembre 2016 et octobre 2019, que la SAS SN IES a versé une seule fois une prime de vacances au mois de juillet 2019 d'un montant de 67,04'€.

Or, les organes de la procédure collective suivie contre la société employeur ne développent aucun moyen pertinent quant à l'absence de versement de ladite prime de vacances à hauteur de 30'% de l'indemnité de congés.

Par conséquent, par infirmation du jugement entrepris, M. [C] [W] est bien-fondé à solliciter la fixation au passif de la SAS SN IES de la somme de 179,64'€ bruts au titre de la prime de vacances.

Sur les demandes au titre des indemnités de rupture du contrat de travail':

M. [C] [W] se base sur un salaire moyen au titre des 12 derniers mois d'un montant de 2'743,80'€ pour calculer le montant de l'indemnité de préavis et de l'indemnité de licenciement.

Cependant, alors qu'il ne produit pas ses bulletins de paie sur les douze derniers mois, il ressort des bulletins de salaire produits par les organes de la procédure collective que le calcul qu'ils ont effectué est correct, dont ils versent le justificatif, de sorte que le salaire brut moyen des douze derniers mois de M. [C] [W] est d'un montant de 2'634,77'€.

Dès lors, le salarié ne développant aucun moyen pertinent contestant le calcul des organes de la procédure collective et ne précisant pas son calcul quant à son salaire moyen, il convient de considérer qu'il a été rempli de ses droits au titre de l'indemnité de préavis et au titre de l'indemnité de licenciement.

En conséquence, il convient de le débouter de ses demandes à ce titre.

Sur la demande au titre de la remise d'un bulletin de salaire':

Compte tenu de la fixation au passif de diverses créances salariales, il convient d'ordonner à la SELARL MJ Alpes es qualités de remettre à M. [C] [W] un bulletin de salaire conforme aux énonciations du présent arrêt.

Les circonstances de l'espèce ne justifient pas, pour autant, en l'état d'assortir l'injonction faite au liquidateur judiciaire, ès qualités, de ce chef du prononcé d'une astreinte alors qu'un éventuel manquement de sa part à ce titre serait de nature à engager sa responsabilité professionnelle.

Sur la garantie de l'AGS':

Il y a lieu de déclarer le jugement commun et opposable à l'AGS et de dire que l'UNEDIC délégation de l'AGS CGEA d'[Localité 7] doit sa garantie selon les modalités précisées au dispositif du présent arrêt étant ajouté qu'en application de l'article L 3253-17 du code du travail tel que modifié par loi n°2016-1917 du 29 décembre 2016, le plafond de garantie de l'AGS s'entend en montants bruts et retenue à la source, prévue par l'article 204 A du code général des impôts, incluse.

Sur les demandes accessoires':

La SA SN IES, partie perdante à l'instance au sens des dispositions de l'article 696 du code de procédure civile, doit être tenue d'en supporter les entiers dépens de première instance et d'appel, qui seront réglés en frais privilégiés de procédure collective.

L'équité et les situations économiques des parties commandent de ne pas faire application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS':

La cour, statuant publiquement, contradictoirement, dans les limites de l'appel et après en avoir délibéré conformément à la loi';

CONFIRME le jugement entrepris en ce qu'il a':

- Ordonné la fixation au passif de la SA SN IES, au bénéfice de M. [C] [W], de la somme de 1'000'€ au titre de l'absence d'entretien professionnel,
- Débouté M. [C] [W] de ses demandes au titre :
- Du repositionnement professionnel et des demandes y afférentes,
- De l'inégalité de traitement,
- De sa demande de rappel de salaire en raison du logiciel de paie,
- Du solde de l'indemnité de licenciement et de l'indemnité compensatrice de préavis,
- Débouté les parties de leurs demandes au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

L'INFIRME pour le surplus';

Statuant à nouveau et y ajoutant,

ORDONNE la fixation au passif de la SA SN IES, au bénéfice de M. [C] [W] des sommes suivantes':

- 2000'€ (deux mille euros) nets au titre du manquement aux obligations en matière d'élections professionnelles et de représentation du personnel,
- 648,77'€ (six cent quarante-huit euros et soixante-dix-sept centimes) bruts au titre des congés payés d'ancienneté,
- 179,64'€ (cent soixante-dix-neuf euros et soixante-quatre centimes) bruts au titre de la prime de vacances,
- 2'300,67'€ (deux mille trois cents euros et soixante-sept centimes) bruts au titre du rappel de salaire sur majoration des heures supplémentaires effectuées entre 2017 et 2019,
- 230,06'€ bruts (deux cent trente euros et six centimes) de congés payés afférents,
- 1'500'€ (mille cinq cents euros) nets au titre du non-respect de l'accord d'entreprise relatif à la réduction et à

l'aménagement du temps de travail,

- 16'462,85 € (seize mille quatre cent soixante-deux euros et quatre-vingt-cinq centimes) au titre de l'indemnité pour travail dissimulé

ORDONNE à la SELARL MJ Alpes, ès qualités, de remettre à M. [C] [W] un bulletin de paie conforme au présent arrêt';

DÉCLARE l'arrêt commun et opposable à l'UNEDIC Délégation de l'AGS CGEA d'[Localité 7]';

DIT que l'UNEDIC Délégation de l'AGS CGEA d'[Localité 7] doit sa garantie dans les conditions des articles L.'3253-6 et suivants et D.'3253-5 du code du travail, étant précisé que les plafonds de garantie de l'AGS s'entendent en sommes brutes et retenue à la source de l'impôt sur le revenu, de l'article 204 du code général des impôts, incluse';

DIT que les intérêts au taux légal sont arrêtés au jour du jugement déclaratif

DIT n'y avoir lieu à application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile';

DIT que les dépens de première instance et d'appel seront réglés en frais privilégiés de procédure collective suivie contre la SAS SN IES.

Prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

Signé par M. Jean-Pierre DELAVENAY, Président, et par Mme Carole COLAS, Greffière à laquelle la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

La Greffière Le Président