27 octobre 2022
Cour d'appel d'Amiens
RG n° 21/05917

5EME CHAMBRE PRUD'HOMALE

Texte de la **décision**

Entête

ARRET

N°

[G]

C/

S.A.R.L. ART PROPRETE HOTELLERIE

copie exécutoire

le 27 octobre 2022

à

Me Hamel

Me Coppere

CB/MR

COUR D'APPEL D'AMIENS

5EME CHAMBRE PRUD'HOMALE

ARRET DU 27 OCTOBRE 2022

****

N° RG 21/05917 - N° Portalis DBV4-V-B7F-IJVB

JUGEMENT DU CONSEIL DE PRUD'HOMMES - FORMATION PARITAIRE DE SAINT QUENTIN DU 06 DECEMBRE 2021
(référence dossier N° RG 20/00084)

PARTIES EN CAUSE :

APPELANT

Monsieur [X] [G]

[Adresse 4]

[Adresse 4]

[Localité 3]

représenté, concluant et plaidant par Me Christine HAMEL de la SELARL CHRISTINE HAMEL, avocat au barreau D'AMIENS

ET :

INTIMEE

S.A.R.L. ART PROPRETE HOTELLERIE agissant poursuites et diligences de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège :

[Adresse 2]

[Localité 1]

représentée, concluant et plaidant par Me Jean-Francois COPPERE, avocat au barreau de VALENCE

DEBATS :

A l'audience publique du 15 septembre 2022, devant Madame Corinne BOULOGNE, siégeant en vertu des articles 786 et 945-1 du code de procédure civile et sans opposition des parties, ont été entendus :

- Madame Corinne BOULOGNE en son rapport,

- les avocats en leurs conclusions et plaidoiries respectives.

Madame Corinne BOULOGNE indique que l'arrêt sera prononcé le 27 octobre 2022 par mise à disposition au greffe de la copie, dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

GREFFIERE LORS DES DEBATS : Mme Malika RABHI

COMPOSITION DE LA COUR LORS DU DELIBERE :

Madame Corinne BOULOGNE en a rendu compte à la formation de la 5ème chambre sociale, composée de :

Mme Corinne BOULOGNE, présidente de chambre,

Mme Caroline PACHTER-WALD, présidente de chambre,

Mme Eva GIUDICELLI, conseillère,

qui en a délibéré conformément à la Loi.

PRONONCE PAR MISE A DISPOSITION :

Le 27 octobre 2022, l'arrêt a été rendu par mise à disposition au greffe et la minute a été signée par Mme Corinne BOULOGNE, Présidente de Chambre et Mme Malika RABHI, Greffière.

Exposé du litige

*

* *

DECISION :

M. [G] a été embauché le 5 août 2012, par la société Art propreté, en qualité d'agent de service.

Son contrat est régi par la convention collective nationale des entreprises de propreté.

La société emploie plus de 11 salariés.

M. [G] a été placé en arrêt maladie du 13 mars 2020 jusqu'au 11 mai 2020, puis il a été placé en chômage partiel du 12 mai 2020 jusqu'au 31 mai 2020, et il a été placé en arrêt maladie ininterrompu à la date du 11 septembre 2020.

Le salarié a été convoqué à un entretien préalable qui s'est déroulé le 29 décembre 2020.

Par courrier en date du 4 janvier 2021, il a été licencié pour inaptitude et impossibilité de reclassement.

Par requête du 28 juillet 2020, M. [G] a saisi le conseil de prud'hommes de Saint-Quentin de diverses demandes tendant à la résiliation judiciaire de son contrat de travail.

Le conseil de prud'hommes de Saint-Quentin par jugement du 6 décembre 2021, a :

- dit que le licenciement pour inaptitude de M. [G] n'était pas entaché de nullité ;

- débouté M. [G] de l'ensemble de ses demandes ;

- condamné M. [G] à régler à la société Art propreté hôtellerie la somme de :

- 500 euros en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;

- condamné M. [G] aux entiers dépens de l'instance.

Ce jugement a été notifié à M. [G] qui en a relevé appel le 23 décembre 2021.

La société Art propreté hôtellerie a constitué avocat le 7 janvier 2022.

Par dernières conclusions communiquées par voie électronique le 7 juin 2022, M. [G] prie la cour de :

- le dire recevable et bien fondé en son appel et en l'ensemble de ses demandes, fins et prétentions ;

- infirmer le jugement du conseil de prud'hommes de Saint-Quentin en date du 6 décembre 2021 en ce qu'il l'a débouté de l'ensemble de ses demandes et en ce qu'il l'a condamné au paiement de la somme de 500 euros au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;

A titre principal,

- prononcer la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts exclusifs de l'employeur et dire que cette résiliation produira les effets d'un licenciement nul ;

A titre subsidiaire,

- dire nul le licenciement prononcé en violation du statut protecteur et pour inaptitude consécutive à des faits de harcèlement moral ;

- condamner la SARL Art propreté hôtellerie prise en la personne de son représentant légal à lui verser la somme de 22 695 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement nul ;

A titre infiniment subsidiaire,

- infirmer le jugement du conseil de prud'hommes du 6 décembre 2021 ;

- dire sans cause réelle et sérieuse le licenciement ;

- condamner la SARL Art propreté hôtellerie prise en la personne de son représentant légal à lui verser la somme de 22 695 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

En tout état de cause,

- infirmer le jugement du conseil de prud'hommes du 6 décembre 2021 ;

- condamner la société Art propreté hôtellerie à lui payer les sommes suivantes :

- 10 000 euros à titre de dommages et intérêts pour préjudice moral subi ;

- 3 782 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis ;

- 378,26 euros à titre de congés payés sur préavis ;

- 236,07 euros à titre d'indemnité de licenciement ;

- 8 026,37 euros à titre de rappels de salaires sur la période du 1 août 2017 au 1er août 2020 ;

- 802,63 euros au titre des congés payés afférents ;

- 11 347,98 euros à titre de dommages et intérêts pour travail dissimulé ;

- ordonner la remise, sous astreinte de 200 euros par jour de retard à compter de la décision à intervenir, de l'ensemble des bulletins de paie et documents de fin de contrat conformes à la dite décision notamment avec la rectification relative à la qualification ATQS3A ;

- condamner la société Art propreté hôtellerie prise en la personne de son représentant légal à lui payer la somme de 3 000 euros en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;

- dire que l'ensemble des condamnations porteront intérêt au taux légal à compter de la première saisine du bureau de conciliation du conseil de prud'hommes de Saint-Quentin en date du 28 juillet 2020 ;

- débouter la société Art propreté hôtellerie de toute demande au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Par dernières conclusions communiquées par voie électronique le 15 juillet 2022, la SARL Art propreté hôtellerie prie la cour de :

- confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a :

- débouté M. [G] de sa demande de résiliation judiciaire de son contrat de

travail aux torts exclusifs de l'employeur ;

- débouté M. [G] de ses demandes de nullité de son contrat de travail ;

- débouté M. [G] de sa demande visant à dire et juger que son licenciement est sans cause réelle et sérieuse ;

- débouté M. [G] de l'ensemble de ses demandes pécuniaires, c'est-à-dire :

- 22 695,96 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement nul ;

- 22 695,96 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

- 10 000 euros à titre de dommages et intérêts pour préjudice moral ;

- 3 782 euros brut au titre de l'indemnité compensatrice de préavis, outre 378,26 euros brut au titre de congés payés y afférents ;

- 236,07 euros brut à titre de complément de l'indemnité de licenciement ;

- 8 026,37 euros brut à titre de rappels de salaires, outre 802,63 euros au titre des congés payés y afférents ;

- 11 347,98 euros au titre de l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé ;

- 3 000 euros au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;

- débouté M. [G] de sa demande de remise, sous astreinte, de l'ensemble des bulletins de paie et documents de fin de contrat conformes à la qualification ATQS3A;

- condamné M. [G] à lui verser la somme de 500 euros au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;

- condamner M. [G] à lui verser la somme de 2000 euros au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

L'ordonnance de clôture a été rendue le 31 août 2022 et l'affaire fixée à l'audience de plaidoirie du 15 septembre 2022.

Motivation

MOTIFS

Sur la résiliation judiciaire du contrat de travail

M. [G] sollicite de la cour l'infirmation du jugement exposant quatre griefs fondant sa demande de résiliation judiciaire du contrat de travail, à savoir :

-le sous positionnement professionnel et la perte de salaires subséquentes

-le défaut de maintien du salaire pendant l'arrêt maladie

-la discrimination par le placement en chômage partiel non exigé par une baisse d'activité.

-la violation de l'obligation de sécurité et le harcèlement moral

Sur ce

La voie de la résiliation judiciaire n'est ouverte qu'au salarié et à lui seul, elle produit, lorsqu'elle est accueillie, tous les effets attachés à un licenciement prononcé sans cause réelle et sérieuse.

Lorsque les manquements de l'employeur à ses obligations légales, conventionnelles ou contractuelles sont établis, ont revêtus une gravité suffisante et empêchent la poursuite du contrat de travail, la demande de résiliation judiciaire du contrat de travail doit être accueillie, avec effet à la date de la décision la prononçant, lorsqu'à cette date le contrat de travail est toujours en cours.

Lorsqu'en cours d'instance de résiliation judiciaire le contrat de travail a été rompu, notamment par l'effet d'un licenciement, la date d'effet de la résiliation doit être fixée à la date de rupture effective du contrat, c'est à dire dans l'hypothèse considérée à la date du licenciement.

En cas d'action en résiliation judiciaire suivie en cours d'instance d'un licenciement, l'examen de la résiliation judiciaire revêt un caractère préalable, dans la mesure où si la résiliation du contrat est prononcée, le licenciement ultérieurement notifié par l'employeur se trouve privé d'effet ; que l'examen de la légitimité du licenciement n'a donc lieu d'être opéré qu'en cas de rejet de la demande de résiliation judiciaire.

Sur le sous positionnement professionnel et la perte de salaires subséquentes

M. [G] rapporte qu'après 8 années de travail sans incident il a sollicité le 4 mai 2017 de l'employeur de régulariser le taux horaire de son salaire de 10,50 euros à 11 euros, son supérieur hiérarchique responsable du site y étant favorable mais que la direction n'y a pas donné suite malgré ses réclamations donnant lieu à de nombreux échanges, qu'il remplissait les conditions pour bénéficier de la requalification d'indice car il était autonome dans son activité en l'absence de passages réguliers de responsables hiérarchiques ; qu'en sus de son travail de gouvernant il devait superviser les graves dysfonctionnements de l'hôtel et gérer la vidéo-surveillance, tout en étant polyvalent faute de présence de supérieur hiérarchique sur le site.

La société Art propreté hôtellerie s'y oppose répliquant que l'intéressé reconnaît exercer des fonctions de gouvernant et non de responsable de site, qu'il n'avait pas de niveau de responsabilité notamment il n'établissait pas de facture, que l'hôtel est de classe économique pour lequel le niveau requis est moindre que pour un hôtel de niveau supérieur. Elle argue par ailleurs que le conflit sur ce point est ancien et n'a pas fait obstacle à la poursuite du contrat de travail.

Sur ce

La cour rappelle que la qualification professionnelle d'un salarié se détermine selon les fonctions réellement et concrètement exercées.

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 de façon permanente, dans le cadre de ses fonctions, des tâches et responsabilités relevant de la classification qu'il revendique.

En cas de différend sur la classification professionnelle qui doit être attribuée à un salarié, il y a lieu de rechercher la nature de l'emploi effectivement occupé par le salarié et la qualification qu'il requiert au regard de la convention collective applicable.

En l'espèce, M. [G] a été classé du 5 août 2012 jusqu'à la rupture du contrat de travail à la qualification « gouvernant ATQS1A au taux horaire de 11 euros de l'heure. Le tableau de classification des postes de travail et des qualifications professionnelles de la convention collective applicable stipule pour ce niveau :

« Grille de classification d'un agent très qualifié de service (ATQS).

Caractéristique générale

Échelon

Autonomie-initiative

Technicité

Responsabilité

Aptitude de service :

Il recueille, informe, conseille et propose des solutions dans son environnement professionnel (équipe, client et hiérarchie).

1

Il choisit les moyens et les méthodes à utiliser pour la réalisation des prestations et les adapte à la situation de travail.

Les prestations nécessitent des travaux de haute technicité oudes opérations complexes. Cela suppose une technicité ou une pratique professionnelle reconnue qu'il peut transmettre à un salarié moins confirmé.

Il a la responsabilité de l'entretien et de la maintenance des matériels électromécaniques et complexes qu'il utilise et qui sont présents de façon constante sur le site. Il organise son travail. Il peut transmettre son savoir et il est en mesure d'apprécier le contrôle global de la présentation exécutée

Il revendique la classification ATQS3 qui prévoit :

3

La connaissance des moyens d'exécution et d'accomplissement des prestations est complète.

Il rédige des rapports et les transmet à sa hiérarchie.

Si le salarié produit aux débats un courriel de son supérieur hiérarchique qui souligne ses qualités professionnelles en tant que gouvernant et bon chef d'équipe, il ne prouve pas l'existence d'un lien direct avec la hiérarchie et notamment la rédaction et la transmission d'écrits qui constituent le facteur permettant le changement de classification de ATQS 1 à ATQS 3.

La cour jugera que ce manquement n'est pas établi.

La demande de paiement de rappel de salaires sera rejetée par confirmation du jugement sur cette demande.

Sur le défaut de maintien du salaire pendant l'arrêt maladie

M. [G] soutient qu'il a été placé en arrêt maladie le 13 mars 2020 et que l'employeur ne lui a pas réglé son salaire alors qu'il y était tenu par application de la convention collective, utilisant ce levier pour le contraindre à la démission ajoutant que les sommes dues ne lui ont été payées qu'en décembre 2020 après la rupture du contrat de travail.

La société Art propreté hôtellerie s'oppose à cette demande répliquant qu'elle a respecté les termes de la convention collective de mars à mai 2020, que le salarié n'a subi aucun préjudice, qu'elle justifie avoir pris contact avec la prévoyance et argue que le bulletin de sortie ne fait état d'aucune régularisation prouvant ainsi que les compléments de salaire avaient été versés.

Sur ce

En vertu de l'article L 1226-1 du code du travail « Tout salarié ayant une année d'ancienneté dans l'entreprise bénéficie, en cas d'absence au travail justifiée par l'incapacité résultant de maladie ou d'accident constaté par certificat médical et contre-visite s'il y a lieu, d'une indemnité complémentaire à l'allocation journalière prévue à l'article L. 321-1 du code de la sécurité sociale, à condition :

1° D'avoir justifié dans les quarante-huit heures de cette incapacité, sauf si le salarié fait partie des personnes mentionnées à l'article L. 169-1 du code de la sécurité sociale ;

2° D'être pris en charge par la sécurité sociale ;

3° D'être soigné sur le territoire français ou dans l'un des autres Etats membres de la Communauté européenne ou dans l'un des autres Etats partie à l'accord sur l'Espace économique européen.

Ces dispositions ne s'appliquent pas aux salariés travaillant à domicile, aux salariés saisonniers, aux salariés intermittents et aux salariés temporaires. Un décret en Conseil d'Etat détermine les formes et conditions de la contre-visite mentionnée au premier alinéa.

Le taux, les délais et les modalités de calcul de l'indemnité complémentaire sont déterminés par voie réglementaire. »

Depuis 2016, en application des dispositions des articles L911-7 et D911-1 et suivants du code de la sécurité sociale toutes les entreprises du secteur privé doivent offrir à l'ensemble de leurs salariés une couverture complémentaire frais de santé obligatoire qui garantit un niveau minimal de remboursement des frais engagés par le salarié à l'occasion de la maladie, de la maternité ou de l'accident.

Cette couverture minimale dénommée « panier de soins minimal » comprend la prise en charge totale ou partielle des dépenses énumérées ci-après :

1°La prise en charge totale du ticket modérateur

2°La prise en charge du forfait journalier hospitalier

3° Les frais de soins dentaires et d'orthopédie dento-faciale

4° Les frais d'optique.

M. [G] a été en arrêt maladie du 13 mars 2020 au 13 mai 2020 et il devait percevoir un complément de salaire de la part de l'employeur. Il verse aux débats des courriels de réclamation de paiement de ces compléments de salaire.

La cour observe cependant selon le courriel du 12 mai 2020 que l'employeur a versé les compléments de la date de l'arrêt jusqu'au 12 avril mais que le second récapitulatif de versement d'indemnités journalières lui étant parvenu après l'édition des fiches de paie il n'a pu payer le surplus. M. [G] a ensuite réclamé par courrier du 22 mai 2020 le versement de ce surplus soit du 13 avril au 30 avril 2020 et la fiche de paie de mai reprend le versement de la période comprise entre le 13 et le 22 avril 2020.

La fiche de paie du mois de juin 2020 mentionne la régularisation de l'arrêt maladie du 13 mars au 11 mai 2020.

Dès lors l'employeur rapporte la preuve du paiement des compléments de salaires pendant la période d'arrêt maladie. Ce grief n'est pas établi.

Sur la discrimination par le placement en chômage partiel non exigé par une baisse d'activité

M. [G] dénonce avoir été victime de discrimination en étant placé en chômage partiel alors que l'activité n'avait pas ralenti et que les autres salariés continuaient de travailler normalement, qu'il a subi une baisse de revenus, qu'il était salarié protégé et bénéficiait du statut protecteur pendant 6 mois après le jugement d'annulation des élections professionnelles et devait donner son accord au chômage partiel, qu'il avait alerté l'inspection du travail de sa situation qui avait enjoint à l'employeur de régulariser la situation, que tous ces éléments constituent des manquements graves rendant impossible le maintien du lien contractuel.

La société Art propreté hôtellerie nie toute discrimination rétorquant que le salarié fait un amalgame entre un désaccord professionnel et une situation de harcèlement moral, qu'il ne peut lui être reproché d'avoir suggéré à M. [G] de se désister de sa demande d'annulation des élections professionnelles, que celui-ci s'est livré à des actes de violence à l'occasion de ces élections en jetant des cartons sur le veilleur de nuit.

L'employeur précise que la décision de placer des salariés en chômage partiel a été prise du fait de l'impact de l'activité économique des services hôteliers, que compte tenu de ces circonstances exceptionnelles la réglementation a été modifiée et l'accord du salarié protégé n'était plus nécessaire pour autant que d'autres salariés étaient aussi affectés, ce qui était le cas, qu'il a été indemnisé pendant cette période à hauteur de 84% du salaire net, que les deux autres candidats élus ont accepté cette situation.

Sur ce

Aux termes de l'article L.1132-1 du code du travail, aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie par l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L.3221-3, de mesures d'intéressement ou de

distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses m'urs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap.

Selon l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations :

- constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou de son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable,

- constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs précités, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés,

- la discrimination inclut tout agissement lié à l'un des motifs précités et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement hostile, dégradant, humiliant ou offensant.

L'article L.1134-1 du code du travail prévoit qu'en cas de litige relatif à l'application de ce texte, le salarié concerné présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte telle que définie par l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, au vu desquels il incombe à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, et le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

M. [G] verse aux débats le procès verbal de réunion du comité social économique du 13 mars 2020 au cours duquel il a été décidé de placer la quasi totalité du personnel en chômage partiel, le courrier du 28 mai 2020 par lequel l'employeur informe le salarié de sa décision de placer M. [G] en chômage partiel exposant que vu le faible taux d'occupation de l'hôtel (moins de 50%), le courrier de l'inspection du travail qui informe la société que M. [G] est protégé et lui demande de justifier de l'absence de la quasi totalité des salariés sur site, qu'à défaut le consentement du salarié est requis, des documents ayant trait à l'occupation des chambres de l'hôtel, les courriels de protestation de la décision de son placement en chômage partiel, le nouveau courrier de l'inspection du travail destiné à l'employeur qui considère qu'il ne justifie pas que la totalité de son personnel était dans l'impossibilité de travailler si bien que l'accord de M. [G] pour être placé en chômage partiel était requis.

Le salarié présente ainsi des éléments de fait qui sont de nature à laisser supposer l'existence d'une situation de discrimination en présence de laquelle l'employeur se doit d'établir que les comportements et faits qui lui sont reprochés étaient justifiés par des éléments objectifs à toute discrimination.

La société verse aux débats trois attestations de salariés indiquant qu'ils ont été placés en activité partielle du fait du contexte sanitaire, un courrier de la SAS Saint Brice sous Forêt s'étonnant de la détention par le salarié d'informations réservées aux directeurs ou adjoints de direction auxquelles M. [G] ne pouvait avoir accès.

M. [G] est salarié protégé du fait de sa qualité de candidat aux élections au comité social et économique et ce pendant une durée de 6 mois.

M. [G] était donc salarié protégé à compter de sa présentation aux élections soit

à partir du dépôt de sa candidature, à la date d'envoi, par lettre recommandée, à l'employeur des listes de candidatures, soit en l'espèce le 23 janvier 2020.

Ayant été élu membre du CSE, il a ensuite bénéficié du statut protecteur à compter du jour de la proclamation des résultats du scrutin soit le 18 février 2020.

Ces élections ont été annulées par jugement rendu par le tribunal judiciaire de Saint Quentin du 12 juin 2020. La protection de M. [G] s'étend à compter de ce jugement d'annulation et perdure pendant 6 mois.

L'article 6 de l'ordonnance du 27 mars 2020 relative aux mesures dans le cadre du confinement Covid prévoit que « L'activité partielle s'impose au salarié protégé au sens des dispositions du livre IV de la deuxième partie du code du travail, sans que l'employeur n'ait à recueillir son accord, dès lors qu'elle affecte, dans la même mesure, tous les salariés de l'entreprise, de l'établissement, du service ou de l'atelier auquel est affecté ou rattaché l'intéressé. »

Ainsi le salarié protégé ne peut se voir imposer une activité partielle sauf si l'employeur justifie que cette mesure touche tous les salariés de l'établissement.

Il appartient en conséquence à l'employeur de rapporter la preuve que la mesure d'activité partielle concernait l'ensemble du personnel de l'hôtel première classe de [Localité 5].

La société verse aux débats trois attestations de salariés indiquant qu'ils ont été placés en activité partielle du fait du contexte sanitaire mais sans préciser les dates de ce chômage partiel, soit pendant le confinement lui même soit a

postériori.

Si l'employeur s'étonne du fait que le salarié ait pu produire des pièces auxquelles il n'a normalement pas accès, il n'en demeure pas moins qu'il ne sollicite pas qu'elles soient écartées des débats pour avoir été obtenues de manière illicite.

Le salarié verse de nombreux tableaux comprenant le taux d'occupation des chambres pour la période à laquelle il a été placé en activité partielle. Il apparaît que de nombreuses chambres ont été occupées par des personnes adressées par le Samu social, si bien que la chute de fréquentation pendant cette période n'est pas avérée et que l'on ne peut dès lors s'expliquer la nécessité de placer du personnel de nettoyage en activité partielle.

L'inspection du travail avait d'ailleurs écrit à l'employeur en lui indiquant que la condition d'avoir placé l'ensemble du personnel en activité partielle n'étant pas remplie il devait recueillir l'accord du salarié protégé pour être placé en activité partielle.

L'employeur ne rapporte pas la preuve de la nécessité de recourir à l'activité partielle et ne prouve pas notamment par le registre du personnel ou tout document utile que l'ensemble du personnel de nettoyage affecté à l'hôtel première classe de Saint Brice était placé en activité partielle à partir du 12 mai 2020 date de la reprise du travail par le salarié.

Le placement en activité partielle de M. [G] ne pouvait lui être imposé.

Aucune explication cohérente n'explique la volonté de placer le salarié en activité partielle alors qu'il avait été élu au CSE et à l'origine de la procédure d'annulation des élections professionnelles alors que l'employeur avait manifesté son désaccord sur cette procédure susceptible de semer le trouble dans l'entreprise, qu'un conflit ouvert existait entre la société et M. [G] notamment relatif à la demande de reclassification de celui-ci.

A l'examen des pièces produites et des moyens débattus, la cour ne dispose pas de suffisamment d'éléments pour retenir que la société Art propreté hôtellerie démontre que les faits matériellement établis par M. [G] sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Il s'en déduit que la discrimination est établie.

Celle-ci constitue un manquement suffisamment grave empêchant la poursuite du contrat de travail, sans qu'il soit indispensable d'examiner les autres griefs invoqués, la demande de résiliation judiciaire du contrat de travail doit être accueillie, avec effet à la date de la décision la prononçant, lorsque à cette date le contrat de travail est toujours en cours.

Lorsqu'en cours d'instance de résiliation judiciaire le contrat de travail a été rompu, notamment par l'effet d'un licenciement, la date d'effet de la résiliation doit être fixée à la date de rupture effective du contrat, c'est à dire dans

l'hypothèse considérée à la date du licenciement.

En l'espèce M. [G] a saisi le conseil de prud'hommes le 28 juillet 2020 d'une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail. La date d'effet de la résiliation doit être fixée à la date de rupture effective du contrat soit le 4 janvier 2021, date à laquelle le licenciement étant intervenu.

En outre par application de l'article L.1132-4 du code du travail, la résiliation judiciaire du contrat de travail produira les effets d'un licenciement nul.

Par infirmation du jugement, la cour prononce la résiliation judiciaire du contrat de travail et dit qu'elle produira les effets d'un licenciement nul.

Sur le travail dissimulé

M. [G] sollicite le paiement d'une indemnité pour travail dissimulé exposant que l'employeur a refusé de reclasser son emploi et de verser le rappel de salaires.

L'employeur s'y oppose rétorquant que le rappel de salaires suite au reclassement n'est pas fondé, qu'il n'a pas cherché à réaliser des économies par une sous qualification et qu'il n'est pas établi d'élément intentionnel.

Sur ce

Il résulte de l'article L.8223-1 du code du travail que le salarié dont le travail a été

dissimulé par l'employeur a droit en cas de rupture de la relation de travail à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire.

Selon l'article L.8221-5 du même code, le travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié est notamment caractérisé par le fait pour l'employeur de mentionner intentionnellement sur les bulletins de paie, un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli, ou encore par le fait pour l'employeur de se soustraire intentionnellement aux déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales ou de l'administration fiscale en vertu des dispositions légales.

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.

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 prévus à l'article L.8221-5 du même code relatifs au travail dissimulé a droit, en cas de rupture de la relation de travail, à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire. Cette indemnité forfaitaire est cumulable avec des dommages et intérêts du fait du préjudice résultant de la dissimulation de l'emploi.

Enfin, l'attribution par une juridiction au salarié d'heures supplémentaires non payées ne constitue pas à elle seule la preuve d'une dissimulation intentionnelle.

En l'espèce, la cour a jugé que M. [G] était mal fondé à revendiquer une qualification supérieure et l'a débouté de sa demande de rappel de salaire.

Il n'est pas établi de volonté délibérée de dissimuler l'emploi du salarié tel que cela ressort des échanges de courriers et courriels entre les parties au cours de la relation contractuelle.

Il convient donc de rejeter la demande de M. [G] formée au titre de l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé et de confirmer le jugement entrepris en son principe et son quantum.

Sur l'indemnisation du salarié suite à la résiliation judiciaire du contrat de travail

Sur les demandes indemnitaires produisant les effets d'un licenciement nul

Sur les dommages et intérêts pour licenciement nul

M. [G] expose que son indemnisation doit correspondre à l'équivalent de 12 mois de salaires.

L'employeur s'oppose à cette demande.

Sur ce

L'article L. 1235-3- 1 du code du travail dispose que "l'article L 1235-3 n'est pas applicable lorsque le juge constate que le licenciement est entaché d'une des nullités prévues au deuxième alinéa du présent article. Dans ce cas, lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de l'exécution de son contrat de travail ou que sa réintégration est impossible, le juge lui octroie une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. Les nullités mentionnées au premier alinéa sont celles qui sont afférentes à :

1° La violation d'une liberté fondamentale ;
2° Des faits de harcèlement moral ou sexuel dans les conditions mentionnées aux articles L. 1152-3 et L. 1153-4 ;
3° Un licenciement discriminatoire dans les conditions mentionnées aux articles L. 1132-4 et L. 1134-4 ;
4° Un licenciement consécutif à une action en justice en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans les conditions mentionnées à l'article L. 1144-3, ou à une dénonciation de crimes et délits ;
5° Un licenciement d'un salarié protégé mentionné aux articles L. 2411-1 et L. 2412-1 en raison de l'exercice de son mandat ;
6° Un licenciement d'un salarié en méconnaissance des protections mentionnées aux articles L. 1225-71 et L. 1226-13.

L'indemnité est due sans préjudice du paiement du salaire, lorsqu'il est dû en application des dispositions de l'article L. 1225-71 et du statut protecteur dont bénéficient certains salariés en application du chapitre Ier du Titre Ier du livre IV de la deuxième partie du code du travail, qui aurait été perçu pendant la période couverte par la nullité et, le cas échéant, sans préjudice de l'indemnité de licenciement légale, conventionnelle ou contractuelle. »

Compte tenu notamment de l'effectif de l'entreprise, des circonstances de la rupture, du montant de la rémunération de M. [G], de son âge, de son ancienneté, de sa capacité à trouver un nouvel emploi eu égard à sa formation et à son expérience professionnelle et des conséquences du licenciement à son égard, tels qu'ils résultent des pièces et des explications fournies, la cour retient que l'indemnité à même de réparer intégralement le préjudice de M. [G] doit être évaluée à la somme de 10460,34 euros soit 6 mois de salaires.

Le jugement déféré est donc infirmé en ce qu'il a débuté M. [G] de sa demande en dommages et intérêts pour licenciement nul, et statuant à nouveau de ce chef, la cour condamne la société Art propreté hôtellerie à payer à M. [G] la somme de 10 460,34 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement nul.

Sur les dommages et intérêts en réparation du préjudice moral

M. [G] sollicite la condamnation de l'employeur à lui verser une somme de 10000 euros en réparation du préjudice moral qu'il a subi.

La société Art propreté hôtellerie s'y oppose rétorquant que cette demande fait double emploi avec l'indemnisation du licenciement nul et que le salarié n'explicite pas demande par des pièces spécifiques.

Sur ce

L'indemnisation du licenciement nul indemnise le préjudice financier mais aussi moral né du licenciement. M. [G] n'explicite pas un préjudice distinct de celui déjà indemnisé.

Le jugement est confirmé en ce qu'il a débouté le salarié sur ce point.

Sur l'indemnité de préavis

M. [G] sollicite le paiement d'un complément d'indemnité de préavis exposant qu'il aurait du percevoir l'équivalent de deux mois de salaire ayant plus de deux ans d'ancienneté.

La société s'y oppose répliquant que l'intéressé a perçu l'indemnité due au moment du solde de tout compte, qu'il ne justifie pas de de décompte contredisant son calcul.

Sur ce

Le salarié réclame un rappel de prime compensatrice de préavis sur un différentiel de calcul sur le salaire de référence. Toutefois s'il se fonde sur un salaire mensuel de 1891,33 euros il ne justifie pas de ce montant.

Il sera débouté de cette demande par confirmation du jugement sur ce point.

Sur l'indemnité légale de licenciement

M. [G] sollicite le paiement d'un rappel d'indemnité de licenciement en se basant toujours sur un salaire de 1891,33 euros.

L'employeur s'y oppose arguant qu'il ne justifie pas de ce montant et qu'il a été indemnisé au moment du solde de tout compte.

Sur ce

En application de l'article L.1234-9 du Code du travail en cas de licenciement le salarié a droit à l'octroi d'une indemnité légale de licenciement ; cette indemnité ne peut être inférieure à une somme calculée, par année de service dans l'entreprise, sur la base d'1/4 de mois ; son montant est majoré à partir de 10 ans d'ancienneté de 1/3 de mois par année au-delà de 10 ans. Les années incomplètes doivent être retenues, la fraction de l'indemnité de licenciement afférente à une année incomplète étant proportionnelle au nombre de mois de présence. Enfin pour le calcul du montant de l'indemnité, l'ancienneté prise en considération s'apprécie à la date de fin du préavis.

Le salarié embauché le 5 août 2012 a été licencié le 4 janvier 2021, il a donc 8 ans d'ancienneté.

Il apparaît que le solde de tout compte mentionne le versement d'une indemnité de licenciement pour inaptitude non professionnelle de 3546,53 euros.

Le salarié ne justifiant pas d'un salaire de référence moyen de base de 1891,33 euros, il sera retenu un salaire moyen de 1743,39 euros.

Le calcul sur une base de ¿ de mois par année d'ancienneté, abouti à 3488 euros d'indemnité légale de licenciement.

Le salarié a donc été rempli de ses droits à ce titre, et par confirmation du jugement la cour déboutera M. [G] de sa demande à ce titre.

Sur les intérêts au taux légal

La cour rappelle que les condamnations porteront intérêts au taux légal à compter du présent arrêt pour les dommages et intérêts pour licenciement nul.

Sur la remise des documents de fin de contrat

M. [G] sollicite de la cour qu'elle prononce la condamnation de l'employeur à lui remettre les documents de fin de contrat sous astreinte comminatoire de 200 euros par jour de retard .

La société Art propreté hôtellerie ne réplique pas sur ce point.

Sur ce

Il y a lieu d'ordonner à la société de remettre à M. [G] les documents de fin de contrat conformes au présent arrêt. Toutefois aucun élément en l'état ne laissant supposer un refus d'exécution spontané, il sera débouté de la demande d'astreinte.

Sur le remboursement à Pôle emploi

L'article L.1235-4 alinéa 1 et 2 du code du travail prévoit que 'Dans les cas prévus aux articles L. 1132-4, L. 1134-4, L. 1144-3, L. 1152-3, L. 1153-4, L. 1235-3 et L. 1235-11, le juge ordonne le remboursement par l'employeur fautif aux organismes intéressés de tout ou partie des indemnités de chômage versées au salarié licencié, du jour de son licenciement au jour du jugement prononcé, dans la limite de six mois d'indemnités de chômage par salarié intéressé.

Ce remboursement est ordonné d'office lorsque les organismes intéressés ne sont pas intervenus à l'instance ou n'ont pas fait connaître le montant des indemnités versées.

Pour le remboursement prévu au premier alinéa, le directeur général de Pôle emploi ou la personne qu'il désigne au sein de Pôle emploi peut, pour le compte de Pôle emploi, de l'organisme chargé de la gestion du régime d'assurance chômage mentionné à l'article L. 5427-1, de l'Etat ou des employeurs mentionnés à l'article L. 5424-1, dans des délais et selon des conditions fixés par décret en Conseil d'Etat, et après mise en demeure, délivrer une contrainte qui, à défaut d'opposition du débiteur devant la juridiction compétente, comporte tous les effets d'un jugement et confère le bénéfice de l'hypothèque judiciaire.'

Ces dispositions sont applicables à l'espèce, la société Art propreté hôtellerie sera condamnée à verser à Pôle Emploi tout ou partie des indemnités de chômage versées au salarié licencié, du jour de son licenciement au jour du jugement prononcé, dans la limite de six mois d'indemnités de chômage par salarié intéressé. La cour fixe à 4 mois le montant des indemnités chômage auxquelles la société est condamnée à rembourser à Pôle Emploi.

Sur l'article 700 du code de procédure civile et les dépens

Le jugement entrepris sera infirmé.

Il n'apparaît pas inéquitable de laisser à la charge de M. [G] les frais irrépétibles exposés par lui. La société Art propreté hôtellerie sera condamnée à lui verser une somme de 2500 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Succombant, la société Art propreté hôtellerie sera déboutée de sa demande sur le même fondement.

Succombant, la société Art propreté hôtellerie sera condamnée aux dépens de l'ensemble de la procédure.

Dispositif

PAR CES MOTIFS

La cour, statuant par jugement contradictoire et en dernier ressort,

Infirme le jugement du conseil de prud'hommes de Saint Quentin du 6 décembre 2021 sauf sur le débouté :

- de la demande en reclassification d'indice,

- de la demande de dommages et intérêts en réparation du préjudice moral subi,

- de la demande de recalcul de l'indemnité légale de licenciement,

- de la demande de l'indemnité compensatrice de préavis,

- de la demande au titre de l'indemnité pour travail dissimulé,

Statuant à nouveau et y ajoutant

Prononce la résiliation du contrat de travail liant M. [X] [G] et la société Art propreté hôtellerie au 4 janvier 2021 ;

Dit que la résiliation judiciaire du contrat de travail produira les effets d'un licenciement nul ;

Condamne la société Art propreté hôtellerie à verser à M. [X] [G] la somme de

10 460,34 euros à titre de dommages et intérêts pour au titre du licenciement nul avec intérêts au taux légal à compter du présent arrêt ;

Dit que la société Art propreté hôtellerie devra remettre à M. [X] [G] les documents de fin de contrat conformes au présent arrêt ;

Dit n'y avoir lieu à assortir cette remise d'une astreinte ;

Condamne la société Art propreté hôtellerie à verser à Pôle Emploi 4 mois d'indemnités chômage dont a bénéficié le salarié ;

Condamne la société Art propreté hôtellerie à verser à M. [X] [G] la somme de 2500 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;

Déboute la société Art propreté hôtellerie de sa demande d'indemnité de procédure ;

Rejette les demandes plus amples ou contraires au présent arrêt ;

Condamne la société Art propreté hôtellerie aux dépens de l'ensemble de la procédure.

LA GREFFIERE, LA PRESIDENTE.