

Copies exécutoires REPUBLIQUE FRANCAISE

délivrées le : AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 6 - Chambre 11

ARRET DU 11 AVRIL 2023

(n° , 12 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG 20/05239 - N° Portalis 35L7-V-B7E-CCHHP

Décision déferée à la Cour : Arrêt du 16 Juin 2020 -Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire de BOBIGNY - RG n° F18/03503

APPELANT

Monsieur [W] [X]

[Adresse 2]

[Localité 4]

Représenté par Me Laurence CIER, avocat au barreau de PARIS, toque : E1613

INTIMEE

S.A.S. PRUNEVIEILLE

[Adresse 1]

[Localité 3]

Représentée par Me Barbara WAGER, avocat au barreau de VAL-DE-MARNE, toque : PC 375

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions des articles 805 et 907 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 31 janvier 2023, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant Madame Anne HARTMANN, Présidente de chambre, chargée du rapport.

Ce magistrat a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, entendu en son rapport, composée de :

Madame Anne HARTMANN, Présidente de chambre, Madame Isabelle LECOQ-CARON, Présidente de chambre,

Madame Catherine VALANTIN, Conseillère,

Greffière lors des débats : Madame Victoria RENARD

ARRET :

- contradictoire

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

- signé par Madame Anne HARTMANN, Présidente de chambre, et par Madame Manon FONDRIESCHI, Greffière présente lors du prononcé.

RAPPEL DES FAITS, PROCÉDURE ET PRETENTIONS DES PARTIES

M. [W] [X], né en 1959, a été engagé par la SAS Prunevieille selon un contrat de travail à durée indéterminée à compter du 1er mars 1995 avec une reprise d'ancienneté au 1er septembre 1994 en qualité de monteur électricien puis chef électricien.

Les relations contractuelles entre les parties étaient soumises à la convention collective des ouvriers du bâtiment de la région parisienne du 28 juin 1993.

Par lettre datée du 1er décembre 2015, M. [X] a été convoqué à un entretien préalable fixé au 11 décembre 2015.

Il a ensuite été licencié pour inaptitude avec impossibilité de reclassement par lettre datée du 18 décembre 2015.

A la date du licenciement, M. [X] avait 21 années complètes d'ancienneté et la société Prunevieille occupait à titre habituel plus de dix salariés.

Contestant la légitimité de son licenciement et réclamant diverses indemnités, outre des rappels de salaires (heures supplémentaires, maintien de salaire pour arrêt maladie), M. [X] a saisi, le 9 mai 2016, le conseil de prud'hommes de Bobigny. L'affaire a été radiée par ordonnance du 11 juillet 2018.

Le salarié a repris la procédure le 28 novembre 2018 et le conseil du prud'hommes de Bobigny par jugement du 16 juin 2020, auquel la cour se réfère pour l'exposé de la procédure antérieure et des prétentions initiales des parties, a statué comme suit :

Fixe la rémunération moyenne de M. [X] à la somme de 5852,58 € ;

Condamne la société Prunevieille à payer à M. [X] [W] :

-39.646,57 € à titre de rappel de salaire,

-3.964,66 € à titre de congés payés afférents,

-2.888,25 € à titre de rappel de salaire correspondant au maintien du salaire, pendant ses arrêts maladie,

-35.115,48 € à titre de dommages- intérêts spécifiques prévus par les dispositions des articles L. 8223-1 et suivants du code du travail,

-11.705,16 € à titre des indemnités compensatrices de préavis

-15.000 € à titre de dommages-intérêts pour non-respect des durées maximales de travail,

- 15.000 € à titre de dommages-intérêts pour l'exécution déloyale du contrat de travail
- 2.000 € art 700 du code de procédure civile
- Ordonne l'exécution provisoire au titre des dispositions de l'article 515 du code de procédure civile,
- Prononce les intérêts au taux légal à compter de l'introduction de la demande avec capitalisation des intérêts par application de l'article 1154 du code civil
- Déboute M. [X] du surplus de ses demandes,
- Condamne la société Prunevieille aux dépens de la présente instance.

Par déclaration du 26 juillet 2020, M.[W] [X] a interjeté appel de cette décision, notifiée le 17 juillet 2020.

Dans ses dernières conclusions adressées au greffe par le réseau privé virtuel des avocats le 23 avril 2021, M. [X] demande à la cour de :

in limine litis :

- déclarer M. [X] recevable et bien fondé en ses demandes et son appel ;

au fond :

- infirmer la décision entreprise en ce que le conseil a opposé la prescription des demandes formées à titre de rappel de salaires pour les périodes antérieures à 2011.

statuant de nouveau

A titre principal,

- condamner la société Prunevieille à payer à M. [X] la somme de 111.236,04 € à titre de rappel des heures supplémentaires, de repos compensateur, outre les congés payés y afférents de 11.123,60 € sur la période allant de 2001 à 2015 ;

A titre subsidiaire :

- condamner la société Prunevieille à payer à M. [X] la somme de 111.236,04 € à titre de dommages et intérêts en raison de la fraude opérée par la société Prunevieille sur la période allant de 2001 à 2015 ;

A titre infiniment subsidiaire ;

- confirmer la décision en ce qu'elle a condamné la société Prunevieille à payer à M. [X] la somme de 39.646,57 € à titre de rappel des heures supplémentaires, de repos compensateur, outre les congés payés y afférents de 3.964,66 € sur la période allant de 2001 à 2015

- confirmer la décision fixant la rémunération moyenne de M. [X] à la somme de 5.852,58 € bruts.

En outre,

A titre principal

- condamner la société Prunevieille à verser à M. [X] la somme de 7.419,03€ net à titre de rappel de salaire correspondant au maintien de son salaire pendant ses arrêts maladie,

A titre subsidiaire

- confirmer la décision en ce qu'elle a condamné la société Prunevieille à verser à M. [X] la somme de 2.888,25€ net à titre de rappel de salaire correspondant au maintien de son salaire pendant ses arrêts maladie,

- infirmer la décision en ce que le conseil de prud'hommes n'a pas reçu M. [X] au titre des demandes résultant du licenciement et du préjudice de retraite :

- dire et juger que le licenciement de M. [X] est nul à titre principal et dépourvu de cause réelle et sérieuse à titre subsidiaire,

Par conséquent,

- condamner la société Prunevieille à payer à M. [X] les sommes suivantes :

-276.000 € à titre de dommages-intérêt pour le préjudice de retraite,

-140.000 € au titre de l'indemnité pour licenciement nul ou subsidiairement sans cause réelle et sérieuse:

-11.347,44€ au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement

- confirmer la décision en ce qu'elle a condamné la société Prunevieille à verser à M. [X] les sommes suivantes :

-11.705,16 € bruts au titre de l'indemnité compensatrice de préavis; y ajouter les congés payés sur préavis soit 1179,51 € bruts

-35.115,48 € à titre de dommages-intérêts spécifiques prévus par les dispositions de articles L. 8223-1 et suivants du code du travail,

-15.000€ à titre de dommages-intérêts pour non-respect des durées maximales de travail,

-15.000 € à titre de dommages-intérêts pour l'exécution déloyale du contrat de travail et violation de l'article L 4121-1 du code du travail

-2.000 € au titre des dispositions de l'article 700 du CPC en première instance

- condamner la société Prunevieille établir les bulletins de paie rectifiés par année civile ainsi que les documents sociaux sous astreinte de 100 € par jour de retard et par document à compter de la décision à intervenir et à verser à M. [X] les sommes suivantes :

article 700 du CPC : 4.000 € au titre de la procédure d'appel

intérêts au taux légal à compter du 9 mai 2016, avec capitalisation des intérêts par application de l'article 1343,2 du code

civil

-aux entiers dépens.

Dans ses dernières conclusions adressées au greffe par le réseau privé virtuel des avocats le 18 mars 2022, la société Prunevaille demande à la cour de :

- déclarer la société Prunevaille recevable et bien fondée en ses demandes de réformation,

- déclarer M. [X] irrecevable en sa demande de délivrance de bulletins de paie et de documents sociaux sous astreinte journalière,

- déclarer M. [X] irrecevable en sa demande de nullité du licenciement,

- déclarer M. [X] irrecevable en sa demande de congés payés sur préavis,

en conséquence,

- fixer la rémunération moyenne de M. [X] à la somme brute de 4 113,70 €,

- juger le licenciement de M. [X] intervenu le 18 décembre 2015 justifié par une cause réelle et sérieuse,

- débouter M. [X] de l'intégralité de ses demandes,

en conséquence,

- réformer le jugement entrepris en ce qu'il a condamné la société Prunevaille aux sommes suivantes :

à titre de rappels de salaires = 39 645,57 €

à titre des congés afférents = 3 964,66 €

à titre de dommages et intérêts spécifiques prévus aux dispositions des articles L8223- 1 et suivants du code du travail = 35 115,48 €

à titre d'indemnité compensatrice de préavis = 11 705,16 €

à titre de dommages et intérêts pour non-respect des durées maximales du travail = 15 000€

à titre de dommages et intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail = 15 000 €

article 700 du code de procédure civile = 2 000 €

- juger que les rappels de salaires au titre des heures supplémentaires peuvent être fixés à la somme brute de 13 146,18 €, outre les congés payés y afférents, pour une somme de 1 314,61 €,

- confirmer le jugement entrepris en ce que le rappel de salaires afférent au maintien de salaire durant l'arrêt maladie de M. [X] a été fixé à la somme de 2 888,25 €.

L'ordonnance de clôture a été rendue le 23 mars 2022 et l'affaire a été fixée à l'audience du 31 janvier 2023.

Pour un plus ample exposé des faits, des prétentions et des moyens des parties, la cour se réfère à leurs conclusions écrites conformément aux dispositions de l'article 455 du code de procédure civile.

SUR CE, LA COUR :

Sur l'exécution du contrat de travail

Sur les rappels d'heures supplémentaires, de travail de nuit, de week end et jours fériés et de repos compensateur

Pour infirmation partielle du jugement déféré, M. [X] expose qu'il produit un décompte précis et détaillé des heures supplémentaires effectuées entre 2003 et 2015 et qui n'ont été que partiellement réglées par l'employeur pour un total de 111.236,04 euros sauf à parfaire.

Sur la prescription de la demande

L'appelant expose que sa demande doit être accueillie en son intégralité en raison de la fraude organisée par l'employeur pour faire échec à ses droits à compter de l'année 2000. Il affirme en effet que l'employeur lui réglait ses heures supplémentaires sous forme de primes et s'exonérait dès lors des charges sociales applicables. Il souligne que les heures supplémentaires majorées de 25% ont disparu des fiches de paye à compter de janvier 2000 et que les heures de permanence détaillées jusque-là faisaient l'objet d'un forfait. Il indique qu'à compter de cette date il ne cotisait plus que sur 65% de son salaire mensuel brut total contre 95% auparavant. Il estime dès lors n'avoir réalisé cette fraude qu'en 2016 avec l'aide d'un avocat, qu'il ne peut lui être opposé une quelconque prescription laquelle n'a pas couru du fait de la dissimulation opérée par l'employeur. Il fait observer que l'employeur a admis dans ses écritures que la durée légale du travail avait été dépassée sans paiement des repos compensateurs. A titre subsidiaire, il demande la confirmation de la décision rendue qui a retenu la période allant de 2011 à 2015.

En réplique l'employeur fait valoir qu'il a toujours agi en toute transparence, que l'intégralité des heures de travail de l'appelant ont été déclarées et assujetties aux cotisations sociales selon un système de rémunération suivant : les heures de tournée étaient réglées au taux horaire de 24 euros (contre un taux de base de 15 euros) et les heures de permanence au taux horaire de 24 euros outre un forfait d'astreinte de 200 euros bruts par mois.

Pour infirmation du jugement, sur appel incident, l'employeur soutient en outre que c'est la prescription triennale qui aurait du s'appliquer et non la prescription quinquennale appliquée par les premiers juges. Il admet que seules les heures supplémentaires des années 2014 et 2015, lesquelles n'ont pas donné lieu à des majorations légales et au repos compensateur au-delà du contingent annuel conventionnel, pourraient être retenues puisque pour l'année 2011 il n'est produit aucun justificatif et qu'en 2012, le salarié était en arrêt de travail, soit une somme totale de 13.146,18 euros outre

1.315,61 euros de congés payés.

Si l'employeur réplique que l'intégralité des heures de travail de l'appelant ont été déclarées et assujetties aux cotisations sociales selon un système de rémunération qu'il a rappelé, il ne s'explique toutefois pas sur la modification pointée par le salarié des fiches de paye à compter d'avril 2000 en ce qu'elles ne mentionnent plus les heures supplémentaires majorées à 25% ni le détail des heures de permanence à la rubrique correspondante « permanence ». Il ne peut en être déduit pour autant que les heures supplémentaires étaient payées sous forme de prime, des primes fixes 1 apparaissant déjà en 1999 ni une véritable tentative de fraude, ni une diminution de l'assiette de cotisation retraite, dont en tout état de cause, le salarié aurait été en mesure de se convaincre par l'examen des fiches de paye remises.

La cour en déduit que rien ne s'oppose à l'application des règles de prescription salariale.

La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 a modifié l'article L. 3245-1 du code du travail en réduisant à 3 ans le délai de prescription de l'action en paiement des salaires qui était auparavant de 5 ans.

L'article 21 V de la même loi prévoit que « Les dispositions du code du travail prévues aux III et IV du présent article s'appliquent aux prescriptions en cours à compter de la date de promulgation de la présente loi, sans que la durée totale de la prescription puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure » et que « Lorsqu'une instance a été introduite avant la promulgation de la présente loi, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne ».

M. [X] a saisi le conseil de prud'hommes le 9 mai 2016 soit postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. A la date de la promulgation de la loi nouvelle, soit au 17 juin 2013, la prescription quinquennale sur la demande de rappel de salaires dus à compter du 9 mai 2011 n'était pas acquise, de sorte que le nouveau délai de 3 ans a commencé à courir à compter du 17 juin 2013 sans toutefois que la durée totale de la prescription puisse excéder la durée de 5 ans prévue par la loi antérieure. Il en résulte que l'action du salarié engagée par la saisine de la juridiction prud'homale le 9 mai 2016 n'est pas prescrite pour les salaires exigibles à compter du 9 mai 2011 mais que la prescription est acquise pour les salaires dus avant cette date. Le jugement déféré est confirmé sur ce point.

Sur les prétentions chiffrées

L'article L.3121-27 du code du travail dispose que la durée légale de travail effectif des salariés à temps complet est fixée à 35 heures par semaine.

L'article L.3121-28 du même code précise que toute heure accomplie au delà de la durée légale hebdomadaire ou de la durée considérée comme équivalente est une heure supplémentaire qui ouvre droit à une majoration salariale ou, le cas échéant, à un repos compensateur équivalent.

En application de l'article L.3171-4 du code du travail, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié de présenter, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur, qui assure le contrôle

des heures de travail effectuées, d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments. Le juge forme sa conviction en tenant compte de l'ensemble de ces éléments au regard des exigences rappelées aux dispositions légales précitées. Après analyse des pièces produites par l'une et l'autre des parties, dans l'hypothèse où il retient l'existence d'heures supplémentaires, il évalue souverainement, sans être tenu de préciser le détail de son calcul, l'importance de celles-ci et fixe les créances salariales s'y rapportant.

En l'espèce, à l'appui de sa demande, M. [X] expose que son horaire de base le conduisait à travailler 37,5 heures par semaine soit 163,38 heures par mois et qu'à cela s'ajoutait une tournée de nuit de 4 heures portant la durée du travail hebdomadaire à 41,75 heures par semaine soit 188,77 heures par mois outre une semaine d'astreinte 7 jours par mois.

Au soutien de ses prétentions, il présente les éléments suivants :

- un tableau retraçant les heures supplémentaires effectuées ainsi que les tournées réalisées (pièce 72),
- un décompte chiffré dans ses écritures détaillant année par année (pages 34 à 39) les heures supplémentaires effectuées dont les heures de nuit à majorer et le total des heures ainsi réalisées au-delà du contingent annuel avec le calcul du repos compensateur équivalent sous déduction des heures supplémentaires réglées.

M. [X] présente ainsi des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il dit avoir réalisées, permettant ainsi à la société Prunevielle qui assure le contrôle des heures effectuées d'y répondre utilement.

La cour relève que si l'employeur rappelle qu'il a réglé pour partie les heures supplémentaires effectuées, il admet toute fois que ces heures n'ont pas donné lieu aux majorations légales et au repos compensateur pour celles effectuées au-delà du contingent prévu à la convention collective applicable. Il souligne que dans les limites de la prescription, le salarié ne produit aucun tableau récapitulatif des heures réclamées pour 2011 et que seules les années 2014 et 2015 pourraient être retenues à raison de 2.025,34 euros pour 2014 et 11.120,84 euros pour 2015.

Dans les limites de la prescription retenue plus avant, la cour au vu des éléments présentés par le salarié et des observations faites par l'employeur, a la conviction que le salarié a exécuté des heures supplémentaires qui n'ont pas été rémunérées mais, après analyse des pièces produites, dans une moindre mesure que ce qui est réclamé de telle sorte que par infirmation du jugement déféré, la société Prunevielle sera condamnée à verser à M.[X], déduction faite de la rémunération du travail supplémentaire intervenue, la somme de 8.212,47 euros en paiement des heures supplémentaires et des heures majorées de nuit et de week end entre le 9 mai 2011 et le 31 décembre 2015, outre la somme de 821,24 euros de congés payés afférents.

Au titre des repos compensateurs correspondant aux heures effectuées au delà du contingent annuel conventionnel, pour la même période, M. [X] est en droit de prétendre à une indemnité de 16.574,53 euros en ce compris les congés payés dus. Le jugement déféré est infirmé dans cette limite.

Sur la demande d'indemnité pour le non-respect de la durée hebdomadaire de travail

Pour infirmation de la décision sur ce point, la société Prunevieuille tout en reconnaissant que l'amplitude horaire de travail n'a pas permis systématiquement au salarié de bénéficier des temps de repos, demande à la cour de ramener l'indemnité à de plus justes proportions.

Pour confirmation de la décision déférée, M. [X] soutient que régulièrement l'employeur n'a pas respecté la durée maximale de travail de 48 heures par semaine. Il réclame une indemnité de 15.000 euros pour le préjudice subi entre 2000 et 2015, soit 1.000 euros par année.

La cour retient que le préjudice de M. [X] a été justement évalué par les premiers juges qui seront confirmés sur ce point.

Sur la demande de rappel de salaire au titre du maintien du salaire pendant ses arrêts de maladie

Pour infirmation partielle du jugement déféré, M. [X] réclame un total de 7.419,03 euros de rappels de salaire au titre de deux périodes d'arrêts de maladie du 17 juin 2010 au 21 mars 2011 et du 14 septembre 2012 au 20 octobre 2014.

Pour confirmation de la décision, la société Prunevieuille réplique que pour la première période la demande est prescrite et il rappelle que s'agissant de la seconde période il a déclaré s'en remettre à justice soit à raison de 2.888,25 euros.

Au constat qu'il a été retenu plus avant que les prétentions salariales de M. [X] étaient prescrites pour la période précédant le 9 mai 2011, la cour confirme le jugement déféré en ce qu'il a alloué au salarié la somme de 2.888,25 euros à titre de rappel de salaire pendant son deuxième arrêt de maladie.

Sur la rupture du contrat de travail

Sur l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement

Pour infirmation du jugement déféré qui n'a pas statué sur le bien fondé du licenciement, l'appelant demande à la cour de juger que son inaptitude résulte de manquements de son employeur durant son temps de présence dans l'entreprise, par la violation de son obligation de résultat en termes de durée du travail excessive qui a contribué à son état de fatigue à l'origine de son accident de trajet mais aussi en ne procédant pas à une recherche de reclassement dans des conditions suffisantes.

En réplique, l'employeur fait valoir que c'est à tort que le salarié impute son inaptitude tout à la fois à la survenance de son accident de trajet, à ses conditions de travail ainsi qu'à la tendinopathie chronique dont il souffre. Il souligne que si cette dernière affection a fait l'objet d'une reconnaissance de maladie professionnelle par la CPAM en date du 25 juillet 2016 (pièce 29 salarié), il n'existe aucun lien de cause à effet avec sa chute provoquée par le non-respect des règles de

circulation routière.

Les parties s'accordent pour invoquer les dispositions relatives à l'inaptitude d'origine non professionnelle régie par les articles L.1226-2 et suivants du code du travail.

Il est acquis aux débats que l'appelant a été victime d'un accident du trajet (travail /domicile) le 13 septembre 2012 à 17 heures 15 sur la commune de Pierrefite (93) qui a été pris en charge au titre des risques professionnels.

Il résulte du dossier que le salarié, suite à cet accident, a été en arrêt de travail du 14 septembre 2012 au 20 octobre 2014, date à laquelle il a été déclaré apte par la médecine du travail à la reprise du travail avec un aménagement du poste au travail sous tension et en hauteur, avec la préconisation d'éviter le port de charges lourdes pendant deux mois et limiter le travail bras levés.

Il ressort toutefois des documents médicaux produits que l'état de l'appelant s'est consolidé le 13 avril 2015 mais avec des séquelles.

Il est ainsi établi qu'à l'issue d'une seconde visite médicale le 10 novembre 2015, la médecine du travail a déclaré M. [X] : « Inapte au poste actuel , apte à un autre poste : inapte à tout poste comportant le travail tête levée, les postures bras en l'air ou accroupie et le port de charges. A reclasser sur un poste de type administratif ou gestion de stock par exemple. »

Il est de droit qu'est dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement pour inaptitude lorsqu'il est démontré que l'inaptitude était consécutive à un manquement préalable de l'employeur qui l'a provoquée.

En application de l'article L.4121-1 du code du travail, l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs.

Ces mesures comprennent :

- 1° Des actions de prévention des risques professionnels et de la pénibilité au travail ;
- 2° Des actions d'information et de formation ;
- 3° La mise en place d'une organisation et de moyens adaptés.

L'employeur veille à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes.

Il s'en déduit que l'employeur est tenu de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs et en assurer l'effectivité, qu'il lui est interdit de prendre des mesures qui auraient pour objet ou pour effet de compromettre la santé et la sécurité des salariés, notamment dans le cadre de l'organisation du travail et en ce

qui concerne la charge de travail.

Il appartient à l'employeur de démontrer qu'il a pris toutes les mesures de prévention nécessaires pour préserver la santé et la sécurité des salariés et respecter son obligation de sécurité.

Il a certes été jugé plus avant et reconnu par l'employeur que l'amplitude horaire de travail n'a pas permis systématiquement au salarié de bénéficier des temps de repos, qu'ainsi ce dernier a été amené à effectuer des heures supplémentaires importantes au-delà du contingent conventionnel, comme en témoigne le décompte des horaires effectués produit aux débats.

Force est cependant de constater que si l'employeur n'établit pas avoir mis en oeuvre, en application de l'article L.4121-1 du code du travail, les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique de M.[X] en ne respectant pas les dispositions légales relatives aux durées maximales de travail et aux durées de repos, il n'en reste pas moins que le lien de causalité entre ce manquement et la survenance d'un accident de scooter à 17 heures 15 sur le trajet de retour de l'appelant à son domicile, voire même de sa tendinopathie et donc de son inaptitude, n'est en l'état pas établi.

De surcroît, la cour observe qu'il ressort de la déclaration d'accident du travail non contestée dans son contenu, dont le caractère professionnel a été reconnu, que M.[X] circulant sur la voie de gauche a été percuté par un camion déboîtant de la voie de droite. Rien en l'état ne permet de retenir qu'un état de grande fatigue de l'intéressé aurait contribué à la survenance de l'accident et que les manquements de l'employeur sont de nature à rendre le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse.

*

Aux termes de l'article L.1226-2 du code du travail, lorsque, à l'issue des périodes de suspension du contrat de travail consécutives à une maladie ou un accident non professionnel, le salarié est déclaré inapte par le médecin du travail à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur lui propose un autre emploi approprié à ses capacités.

Cette proposition prend en compte les conclusions écrites du médecin du travail et les indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existantes dans l'entreprise.

L'emploi proposé est aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en 'uvre de mesures telles que mutations, transformations de postes de travail ou aménagement du temps de travail.

C'est à l'employeur de démontrer qu'il s'est acquitté de son obligation de reclassement, laquelle est de moyens, et de rapporter la preuve de l'impossibilité de reclassement qu'il allègue.

La recherche de possibilités de reclassement du salarié doit s'apprécier à l'intérieur du groupe auquel appartient l'employeur concerné parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation lui permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel.

Le licenciement prononcé en méconnaissance de l'obligation de reclassement est sans cause réelle et sérieuse.

Il est justifié que par courrier en date du 17 novembre 2015, l'employeur a proposé à l'appelant à titre de solution de reclassement, un poste disponible immédiatement de « Standard-Secrétariat-Réception » selon une fiche de poste joint, à temps complet sur la base de 163,50 heures, moyennant une rémunération mensuelle de 2.300 euros brut et un 13ème mois avec l'engagement de lui dispenser une formation interne ou externe pour l'adaptation à ses nouvelles fonctions, que l'intéressé a refusé par courrier du 27 novembre 2015.

L'employeur soutient que le poste proposé correspondant aux préconisations du médecin du travail était le seul disponible au sein de l'entreprise approprié aux capacités de l'appelant. Il produit à cet égard en copie le registre du personnel du site de [Localité 6], lieu du siège social et celui du site de Rungis (et non Montlhéry mentionné par l'employeur comme seul autre établissement) aux fins d'établir qu'il n'a été procédé à aucune embauche entre le 8 septembre 2015 et le 4 janvier 2016.

Si M. [X] apparaît bien sur le registre du personnel de l'établissement de [Localité 6] (pièce 53-1 société) c'est à juste titre que le salarié fait observer que ses collègues qui ont été reclassés sur des postes plus conformes à leur compétence ne figurent pas sur les documents produits. La cour en déduit que l'ensemble des registres du personnel n'a pas été produit (malgré la demande formulée dans ce sens par le salarié dans ses écritures) et notamment celui du site de [Localité 5] de sorte que l'employeur ne démontre pas de façon incontestable qu'il n'avait pas de poste vacant plus en adéquation avec les compétences de l'appelant ou à pourvoir et qu'il n'en a pas pourvu à la date du licenciement pour inaptitude de l'appelant notamment sur le site de [Localité 5], et qu'il s'est acquitté de son obligation de façon loyale.

La cour en déduit que le licenciement de M. [X] est dépourvu de cause réelle et sérieuse et non nul.

Sur les prétentions financières

Sur les indemnités de rupture

M. [X] revendique un salaire mensuel moyen non utilement discuté de 5.852,58 euros après réintégration des heures supplémentaires impayées.

C'est à bon droit qu'il lui a été alloué une indemnité compensatrice de préavis de deux mois de salaire, soit un montant

de 11.705,16 euros quand bien même il était dans l'impossibilité de l'exécuter en raison de son inaptitude à son emploi, puisque le licenciement prononcé a été jugé sans cause réelle et sérieuse en raison d'un manquement de son employeur à son obligation de reclassement. Le jugement est confirmé sur ce point.

Se fondant sur les dispositions de la convention collective plus favorables que les dispositions légales et sur la moyenne de salaire de 5.852,58 euros, M. [X] réclame un solde de 11.347,44 euros à ce titre.

Les dispositions conventionnelles plus favorables que les dispositions légales ont vocation à s'appliquer à la demande de rappel d'indemnité conventionnelle de licenciement formée par M. [X].

Il est par conséquent en droit de prétendre sur la base d'un salaire moyen reconstitué de 5.852,58 euros à un solde non utilement critiqué de 11.347,44 euros, par ajout à la décision déferée ayant omis de statuer sur ce point.

En application de l'article L1235-3 du code du travail, dans sa rédaction issue de l'ordonnance 2007-329 du 12 mars 2007, si un licenciement intervient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse et qu'il n'y a pas réintégration du salarié dans l'entreprise, il est octroyé à celui-ci, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois.

Au constat qu'à la date de la rupture, M. [X] était âgé de 56 ans et bénéficiait d'une ancienneté de plus de 20 ans. Il précise n'avoir jamais pu retravailler et avoir épuisé ses droits au titre de l'ARE étant indemnisé par la sécurité sociale au titre de la maladie professionnelle. Dès lors et au vu des bulletins de salaire produits, il convient d'allouer à M. [X] la somme de 50.000 euros d'indemnité en réparation de son licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Conformément aux dispositions de l'article L1235-4 du code du travail, il y a lieu, d'ordonner d'office le remboursement par la SAS Prunevaille à Pôle Emploi des indemnités de chômage éventuellement versées à M. [X] dans la limite de trois mois d'indemnités.

Sur le préjudice distinct de retraite

Pour infirmation du jugement déferé, M. [X] réclame une indemnité de 276.000 euros au titre du préjudice de retraite subi en raison des différents manquements de l'employeur dans le paiement des salaires sur de nombreuses années.

Pour confirmation de la décision, même si elle admet que mathématiquement le salarié subisse une perte de ses droits à retraite, l'employeur estime que l'appelant ne justifie pas de son préjudice.

Il a été admis que l'employeur a manqué, durant de nombreuses années de sorte qu'il doit être admis, ainsi que le conçoit l'employeur de son propre aveu, que le salarié subit un préjudice de perte de droit à la retraite, qui sera, par infirmation du jugement déferé, réparé par l'octroi d'une somme de 10.000 euros d'indemnité.

Sur l'indemnité pour violation de l'obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail

L'appelant ne justifie pas d'un préjudice distinct de ceux d'ores et déjà réparés notamment au titre de la perte du droit à la retraite et des intérêts moratoires des rappels de salaires accordés en réparation de la violation de l'obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail. Il sera par infirmation du jugement déféré, débouté de sa demande de ce chef.

Sur l'indemnité pour travail dissimulé

Aux termes de l'article L. 8221-5 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, applicable à la cause, est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur :

1° Soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 1221-10, relatif à la déclaration préalable à l'embauche ;

2° Soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 3243-2, relatif à la délivrance d'un bulletin de paie, ou de mentionner sur ce dernier un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli, si cette mention ne résulte pas d'une convention ou d'un accord collectif d'aménagement du temps de travail conclu en application du titre II du livre Ier de la troisième partie ;

3° Soit 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.

En l'espèce, la cour retient par confirmation du jugement déféré, que l'importance du nombre d'heures supplémentaires non rémunérées et le dépassement du contingent annuel caractérisent l'intention de l'employeur de dissimuler une partie de l'activité du salarié.

Le jugement qui a alloué au salarié l'indemnité de 35.115,48 euros de ce chef est confirmé.

Sur les autres dispositions

La cour rappelle que les créances salariales portent intérêts au taux légal à compter de la réception par l'employeur de sa convocation devant le conseil de prud'hommes tandis que les créances indemnitaires portent intérêts au taux légal à compter de la décision en fixant tout à la fois le principe et le montant, la capitalisation des intérêts étant ordonnée conformément aux dispositions de l'article 1343-2 du code civil.

Il est ordonné à la société Prunevieille, la seule remise (faute de préciser les autres documents sociaux réclamés) d'un bulletin de paye récapitulatif des créances salariales allouées conforme au présent arrêt, qui est un complément nécessaire de sa demande de rappel de salaire qui ne saurait être considérée comme nouvelle et à ce titre irrecevable, et ce dans un délai de deux mois à compter de sa signification sans qu'il soit besoin d'ordonner une astreinte.

Partie perdante, la SAS Prunevieille est condamnée aux dépens d'instance et d'appel, le jugement déféré étant confirmé sur ce point et à verser à l'appelant une somme de 2.500 euros par application de l'article 700 du code de procédure civile à hauteur d'appel en sus de la somme allouée par les premiers juges.

PAR CES MOTIFS

CONFIRME le jugement déféré en ce qu'il a été alloué à M. [W] [X] les sommes suivantes :

- 15.000 euros d'indemnité pour non-respect des durées maximales de travail et durées minimales de repos.
- 35.115,48 euros d'indemnité pour travail dissimulé.
- 11.705,16 euros à titre de solde d'indemnité compensatrice de préavis.
- 2.888,25 euros à titre de rappel de salaire correspondant au maintien de salaire pendant un arrêt de maladie.
- 2.000 euros par application de l'article 700 du code de procédure civile.

L'INFIRME quant au surplus.

Et statuant à nouveau des chefs infirmés et y ajoutant :

JUGE que le licenciement de M. [W] [X] est dépourvu de cause réelle et sérieuse pour manquement de l'employeur à son obligation de reclassement.

CONDAMNE la SAS Prunevieille à payer à M. [W] [X] les sommes suivantes :

- 8.212,47 euros à titre de rappels d'heures supplémentaires entre le 9 mai 2011 et le 31 décembre 2015 outre 821,24 euros de congés payés afférents.
- 16.574,53 euros d'indemnité en ce compris les congés payés afférents au titre des repos compensateurs correspondant aux heures supplémentaires effectuées au delà du contingent annuel conventionnel entre le 9 mai 2011 et le 31 décembre 2015.

- 11.347,44 euros à titre de solde d'indemnité conventionnelle de licenciement ;
- 50.000 euros d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;
- 10.000 euros au titre de l'indemnité pour préjudice de perte du droit à la retraite.

DEBOUTE M. [W] [X] de sa demande d'indemnité pour exécution déloyale du contrat de travail.

RAPPELLE que les créances salariales portent intérêts au taux légal à compter de la réception par l'employeur de sa convocation devant le conseil de prud'hommes tandis que les créances indemnitaires portent intérêts au taux légal à compter de la décision en fixant tout à la fois le principe et le montant, la capitalisation des intérêts étant ordonnée conformément aux dispositions de l'article 1343-2 du code civil.

ORDONNE à la SAS Prunevaille, la remise d'un bulletin de paye récapitulatif des créances salariales allouées conforme au présent arrêt, dans un délai de deux mois à compter de sa signification.

ORDONNE d'office le remboursement par la SAS Prunevaille à Pôle Emploi des indemnités de chômage éventuellement versées à M. [W] [X] dans la limite de trois mois d'indemnités.

CONDAMNE la SAS Prunevaille à payer à M. [W] [X] la somme de 3.500 euros par application de l'article 700 du Code de procédure civile.

La greffière, La présidente.