



Licenciement discriminatoire - requalification des CDD en CDI d'un chef de cuisine de l'économat des armées et licenciement nul en raison de l'état de santé (CPH Bobigny départage 19/01/2022)

Commentaire d'arrêt publié le 03/11/2023, vu 1294 fois, Auteur : [CHHUM AVOCATS Paris Nantes Lille](#)

Ce jugement est définitif car les parties n'ont pas interjeté appel.

Dans ce jugement de départage du 19 janvier 2022, le juge départiteur du conseil de prud'hommes de Bobigny a requalifié les 19 CDD pour accroissement temporaire en CDI d'un chef de cuisine.

Le juge requalifie la rupture en licenciement nul car lié à l'état de santé du salarié.

Ce jugement est définitif car les parties n'ont pas interjeté appel.

1) Faits

Monsieur X a été embauché par l'Economat des Armées entre le 27 mars 2012 et le 1^{er} juin 2020.

Cette relation de travail a été composée de 16 contrats à durée déterminée pour accroissement temporaire d'activité, d'un avenant de prolongation et de 2 contrats à durée déterminée pour exécution d'une tâche précise, soit un total de 19 contrats à durée déterminée.

S'agissant de ses fonctions, Monsieur X a tout d'abord été chef de production, puis, à compter du 9 décembre 2012, chef de cuisine.

Au cours de cette relation de travail, Monsieur X a été affecté sur plusieurs théâtres d'opérations ou sites militaires à l'étranger, à savoir la Serbie, le Tchad, le Mali, Djibouti et en république Centrafricaine.

Le 9 mai 2020, Monsieur X a ressenti des douleurs et de la fatigue et un diagnostic de COVID-19 a été posé. Dans ce cadre, et après une période de confinement sur place, Monsieur X a été rapatrié en France.

Lorsqu'il a sollicité l'Economat des Armées pour obtenir une nouvelle mission, il lui a été répondu par écrit, le 25 septembre 2020, qu'aucune mission ne lui serait confiée « pour l'instant » et au moins jusqu'à l'été 2021, l'Economat des Armées mettant en avant la préservation de la sécurité de son salarié, lequel aurait manifesté un « état de stress perceptible » lors de son dernier déploiement, l'Economat conseillant en conséquence à Monsieur X une « période de repos et de régénération ».

Par requête en date du 10 février 2021, Monsieur X a saisi le conseil de prud'hommes de Bobigny à l'encontre de l'Economat des Armées aux fins de requalification de ses CDD en CDI et de requalification de ses indemnités de Grand Déplacement en salaire.

Après échec de la procédure de conciliation, la formation de jugement s'est mise en partage de voix le 15 juillet 2021.

L'affaire a été plaidée le 16 novembre 2021 en formation de départage.

2) Prétentions des parties

Au soutien de ses prétentions, Monsieur X expose que la qualification de frais professionnels, exonérée de charges sociales, est restreinte aux sommes versées aux salariés le remboursement de leur frais professionnels, la preuve incombant aux employeurs.

En ce qui concerne l'IGD, cette exigence suppose que l'employeur rapporte une double preuve, à savoir qu'elle vise à indemniser le salarié à la fois pour ses frais d'hébergement et de repas en cas d'affectation à des distances supérieures à 50 km supposant un temps de trajet supérieur à 1h30. De plus, il faut tenir compte de certaines réductions venant abaisser le niveau d'exonération lorsque l'employeur fournit au salarié un logement gratuit ou lorsqu'un ou deux repas sont également mis à disposition à titre gracieux. Or, dans le cas de l'espèce, monsieur X fait valoir que l'Economat des Armées lui a fourni gratuitement un logement et un petit-déjeuner, les autres repas étant par ailleurs facturés largement en-dessous de leur coût, à savoir la somme de 2.40 euros. Au demeurant, après un contrôle URSSAF en 2013, l'Economat des Armées a dû baisser les montants des IGD pour ne plus excéder les limites d'exonération mais a, dans le même temps, augmenté les salaires, montrant ainsi la véritable nature des IGD. A tout le moins, Monsieur X fait valoir que l'IGD versée par l'Economat des Armées était disproportionnée par rapport à son salaire brut ainsi que par rapport à ses frais réellement engagés, la différence entre ces derniers et les IGD perçus entre 2018 et 2020 représentant une somme totale de 29 507.61 euros.

En ce qui concerne sa demande de requalification en CDI, Monsieur X reproche à l'Economat des Armées de ne pas démontrer l'accroissement temporaire d'activité ni le respect des délais de carence entre deux missions, les missions dévolues à Monsieur X étant constamment occupées, que ce soit par le demandeur ou par d'autres salariés, signant ainsi l'existence d'une mission pérenne et un contournement des règles relatives aux contrats à durée déterminée.

En ce qui concerne les circonstances de la rupture de son contrat de travail, Monsieur X reproche à l'Economat des Armées d'avoir rompu la relation de travail en raison de son état de santé, et ce alors que Monsieur X n'a fait l'objet d'aucune visite médicale.

Monsieur X reproche encore à l'Economat des Armées de l'avoir embauché en qualité de chef de cuisine alors qu'il était affecté à une activité de chef d'exploitation, normalement mieux rémunérée.

Monsieur X reproche également à l'Economat des Armées une violation de son obligation de sécurité en lien avec la gestion de ses malaises et le diagnostic de COVID posé sans recourir à un test, le demandeur ayant en conséquence été confiné avec des personnes positives au COVID,

sans certitude de l'avoir lui-même.

Dans le dernier état de ses demandes, l'Economat des armées sollicite du Conseil qu'il déboute Monsieur X de l'ensemble de ses demandes et qu'il condamne ce dernier à lui payer la somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile.

Au soutien de ses prétentions, l'Economat des armées fait valoir que son activité est très particulière puisqu'elle dépend étroitement des décisions politiques qui créent, maintiennent ou mettent un terme aux opérations extérieures de l'armée française, les emplois ainsi générés pour le soutien des combattants ne durant donc que le temps de ces opérations militaires, le soutien en Afghanistan ayant ainsi cessé en 2013, de même que le soutien au Kosovo s'est arrêté en 2014. Le recours aux CDD pour surcroît temporaire d'activité est donc la seule manière pour l'Economat des Armées de répondre à ses missions, le délai de carence ne pouvant par ailleurs être appliqué puisqu'il contreviendrait à l'impératif de défense nationale qui impose à l'armée française – et à ses soutiens – de se tenir prête en permanence. Quant au recours à des CDI, il ne serait juridiquement pas permis puisque le monde entier est un théâtre d'opérations extérieures potentielles et qu'une clause de mobilité large comme le monde ne serait pas licite, et qu'un licenciement ne serait pas licite en cas d'arrêt d'une opération extérieure.

En ce qui concerne les IGD, l'Economat des Armées conteste avoir fait l'objet du redressement par l'URSSAF en 2013 et atteste du fait que leur montant n'est pas disproportionné puisqu'ils restent inférieurs aux plafonds prévus. De plus, en étant déployé à l'étranger, dans le cadre des opérations extérieures, monsieur X était de facto dans l'impossibilité de retourner à son domicile. S'agissant du second critère, l'Economat des Armées expose que le montant des IGD perçus par monsieur X a été systématiquement inférieur aux plafonds prévus par les barèmes MINEFI.

Toujours en ce qui concerne les IGD, l'Economat des armées répond à Monsieur X que le fait d'avoir mis à sa disposition un logement et de ne lui faire payer qu'un faible prix pour ses repas ne l'empêchait ni d'aller se loger à l'hôtel ni de se nourrir dans un restaurant. Quant à la supposée discrimination entre CDD et CDI, elle n'existe pas, les salariés en CDI étant essentiellement situés au siège en France et ne percevant donc pas d'IGD, leurs IGD étant de plus du même montant que pour les CDD en cas de mission à l'étranger.

En ce qui concerne la gestion des malaises de Monsieur X, l'Economat des Armées souligne qu'à cette époque, il ne disposait pas de tests PCR et que le diagnostic COVID a été posé à titre de précaution, le demandeur étant par ailleurs rapatrié également à titre de précaution.

En ce qui concerne la fin de relation de travail, l'Economat des Armées explique qu'il n'a voulu que préserver la santé de Monsieur X en lui demandant de prendre une période de repos avant de pouvoir candidater à nouveau.

En ce qui concerne le rappel de salaire éventuel pour un salaire de chef d'exploitation, l'Economat des armées considère cette demande comme prescrite puisque six mois ont passé après le solde de tout compte.

3) Motifs de la décision

Le juge départemental, statuant seul après avoir recueilli l'avis des conseillers présents en application des dispositions de l'article L.1454-4 du code du travail, par jugement contradictoire, rendu en premier ressort, publiquement, par mise à disposition auprès du greffe

DEBOUTE Monsieur X de sa demande de requalification, en tout ou en partie, des IGD en salaire ;

DEBOUTE Monsieur X de sa demande de condamnation de l'Economat des Armées à lui payer un rappel de congés payés à la suite de sa demande de requalification des IGD en salaire ;

DEBOUTE Monsieur X de sa demande indemnitaire fondée sur l'existence d'un cas de travail dissimulé ;

REQUALIFIE les contrats à durée déterminée de Monsieur X avec l'Economat des Armées en contrat à durée indéterminée à compter du 27 mars 2012 ;

DIT que la rupture des relations contractuelles s'est effectuée à la date du 1^o juin 2020 ;

DEBOUTE l'Economat des Armées de sa demande visant à faire déclarer Monsieur X prescrit du fait de l'existence du solde de tout compte ;

DEBOUTE Monsieur X de sa demande de rappel de salaire fondée sur le principe "à travail égal, salaire égal" ;

FIXE le salaire de référence de Monsieur X à la valeur de 2.947.34 € ;

CONDAMNE l'Economat des Armées à payer à Monsieur X les sommes de :

- 5.894.68 € à titre d'indemnité de requalification ;

- 16.046.63 € à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement ;

- 5.894.68 € à titre d'indemnité compensatrice de préavis, outre la somme de 589.47 € au titre des congés payés afférents ;

JUGE le licenciement de Monsieur X nul ;

CONDAMNE l'Economat des Armées à payer à Monsieur X la somme de 23.578.72 € à titre d'indemnité de licenciement nul ;

DEBOUTE Monsieur X de sa demande de dommages et intérêts pour discrimination ;

CONDAMNE l'Economat des Armées à payer à Monsieur X la somme de 1.508,99 € à titre de rappel de salaire pour la période allant du 5 juillet 2019 au 20 octobre 2019, outre 150.90 € au titre des congés payés afférents ;

DEBOUTE Monsieur X de sa demande de dommages et intérêts pour violation de l'obligation de sécurité ;

DEBOUTE Monsieur X de sa demande visant à condamner l'Economat des Années à rembourser Pôle Emploi ;

ORDONNE a l'Economat des Armées de remettre à Monsieur X un bulletin de paie, un certificat de travail et une attestation Pôle emploi conformes à la présente décision ;

CONDAMNE l'Economat des Armées à payer à Monsieur X la somme de 3.000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

CONDAMNE l'Economat des Armées aux dépens ;

ORDONNE l'exécution provisoire.

3.1) Sur la demande de requalification des IGD en salaire

L'arrêté du 20 décembre 2002 relatif aux frais professionnels déductibles pour le calcul des cotisations de sécurité sociale prévoit, en son article 2, que lorsque l'employeur indemnise les frais professionnels sur la base d'allocations forfaitaires, il est autorisé à déduire leurs montants dans les limites fixées par l'arrêté, sous réserve de l'utilisation effective de ces allocations forfaitaires conformément à leur objet, et ajoute que cette condition est présumée remplie lorsque les allocations sont inférieures ou égales aux montants fixés par le présent arrêté aux articles 3,4,5,8 et 9.

L'article 5 4° de cet arrêté, relatif aux indemnités de grand déplacement à l'étranger, prévoit que les indemnités destinées à compenser les dépenses supplémentaires de repas et de logement sont réputées utilisées conformément à leur objet pour la fraction qui n'excède pas le montant des indemnités de mission du groupe I allouées aux personnels civils et militaires de l'Etat envoyés en mission temporaire à l'étranger.

Les parties s'accordent sur le fait que le montant de ces dernières indemnités s'élevait, par jour, à :

- 150 euros pour le KOSOVO ;
- 225 euros pour le TCHAD ;
- 122 euros pour la REPUBLIQUE CENTRAFRICAINE ;
- 95 euros pour le MALI.

De la même manière, les parties s'accordent quant au fait que Monsieur X a perçu les indemnités suivantes :

- 97.57 euros pour le KOSOVO ;
- 78.75 euros pour le TCHAD ;
- 78.75 euros pour la REPUBLIQUE CENTRAFRICAINE ;
- 78.75 euros pour DJIBOUTI ;
- 78.75 euros pour le MALI.

Plus simplement, en ce qui concerne la période retenue par Monsieur X, à savoir les années 2018. 2019 et 2020, il ressort de ses écritures (page 14) que ses IGD étaient, sur une base quotidienne., de 78.75 €, soit un montant dans tous les cas inférieur à la limite la plus basse retenue par les barèmes officiels.

Il n'est par ailleurs pas contesté que Monsieur X avait sa résidence habituelle en France et qu'il était bien empêché de regagner ce domicile chaque jour du fait de ses conditions de travail et de la longueur du voyage nécessaire. De plus, il n'est pas contesté que le demandeur a bien engagé des frais supplémentaires de repas, et ce quel que soit le montant de la dépense effectivement exposée, les dispositions réglementaires précitées ne prévoyant pas de notion de frais réels ou de proportionnalité, contrairement à ce que soutient le demandeur.

Il en résulte que les IGD versées à Monsieur X sont réputées utilisées conformément à leur objet, de sorte que l'Economat des Armées était en droit de les déduire de l'assiette de cotisations à la sécurité sociale et qu'il n'y a pas lieu de les requalifier en salaire.

Monsieur X revendique à titre subsidiaire qu'il soit tenu compte des limites d'exonération des IGD des salariés en mission à l'étranger, telles que prévues par le décret n°2006-781 du 03 juillet 2006 et de son arrêté d'application qui prévoit un abattement de 65 % en cas de logement gratuit. Or, ce décret fixe les conditions et les modalités de règlement des frais de déplacements temporaires des personnels civils à la charge des budgets des services de l'Etat et des établissements publics nationaux à caractère administratif, ainsi que des établissements publics locaux d'enseignement, des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel et des établissements publics à caractère scientifique et technologique. Il est également applicable aux personnels des groupements d'intérêt public dont les dépenses de fonctionnement sont couvertes en totalité ou pour partie par des subventions de l'Etat et des établissements publics nationaux à caractère administratif, et aux personnes qui participent aux organismes consultatifs ou qui interviennent pour le compte des services et établissements précités.

Sur ce, le Conseil observe que l'Economat des Armées est un établissement public industriel et commercial, de telle sorte que ni ce décret, ni l'arrêté du 03 juillet 2006 pris pour son application ne lui sont applicables.

La demande subsidiaire tendant à requalifier en salaire la fraction des IGD excédant les limites d'exonération sera donc également rejetée.

Compte tenu des deux décisions qui précèdent sur la non-réintégration dans son salaire de tout ou partie de ses IGD. Monsieur X sera également débouté des demandes d'indemnité compensatrice de congés payés et d'indemnité pour travail dissimulé qui en étaient la conséquence.

Le Conseil observe que de nombreuses décisions ont déjà été rendues en ce sens dans le cas d'anciens salariés ayant œuvré pour le compte de l'Economat des Armées et qui ont saisi les juridictions prud'homales de demandes de requalification de leurs IGD, la solution étant donc bien connue.

3.2) Sur les demandes relatives à la requalification des CDD en CDI

3.2.1) Sur la demande de requalification des CDD en CDI

L'article L. 1244-3 du code du travail énonce, dans sa version applicable à la cause, qu'à l'expiration d'un contrat de travail à durée déterminée, il ne peut être recouru, pour pourvoir le poste du salarié dont le contrat a pris fin, ni à un contrat à durée déterminée ni à un contrat de travail temporaire, avant l'expiration d'un délai de carence calculé en fonction de la durée du contrat incluant, le cas échéant, son ou ses renouvellements. Les jours pris en compte pour apprécier le délai devant séparer les deux contrats sont les jours d'ouverture de l'entreprise ou de l'établissement concerné. Sans préjudice des dispositions de l'article L. 1242-1, une convention ou un accord de branche étendu peut fixer les modalités de calcul de ce délai de carence.

L'article L1244-3-1 du même code énonce que, à défaut de stipulation dans la convention ou l'accord de branche conclu en application de l'article L. 1244-3, ce délai de carence est égal :

1° Au tiers de la durée du contrat venu à expiration si la durée du contrat incluant, le cas échéant, son ou ses renouvellements, est de quatorze jours ou plus :

2° A la moitié de la durée du contrat venu à expiration si la durée du contrat incluant, le cas échéant, son ou ses renouvellements, est inférieure à quatorze jours.

Les jours pris en compte pour apprécier le délai devant séparer les deux contrats sont les jours d'ouverture de l'entreprise ou de l'établissement concerné.

L'article L.1245-1 du même code du travail énonce qu'est réputé à durée indéterminée tout contrat de travail conclu en méconnaissance des dispositions des articles L. 1242-1 à L. 1242-4, L. 1242-6, L. 1242-7. L. 1242-8-1, L. 1242-12, alinéa premier, L. 1243-11, alinéa premier, L. 1243-13-1, L.1244-3-1 et L. 1244-4-1, et des stipulations des conventions ou accords de branche conclus en application des articles L. 1242-8, L. 1243-13, L. 1244-3 et L. 1244-4. La méconnaissance de l'obligation de transmission du contrat de mission au salarié dans le délai fixé par l'article L. 1242-13 ne saurait, à elle seule, entraîner la requalification en contrat à durée indéterminée. Elle ouvre droit, pour le salarié, à une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne peut être supérieure à un mois de salaire.

En demande, Monsieur X fait valoir que les contrats à durée déterminée se sont succédé sans interruption sur les postes de chef de cuisine qu'il a lui-même occupés et le demandeur verse aux débats plusieurs documents intitulés "passation des consignes », lesquels indiquent bien qu'il n'existe aucun jour de carence séparant les fonctions des divers chefs de cuisine se succédant.

En défense, l'Economat des Armées ne conteste pas avoir pourvu par des contrats à durée déterminée successifs les postes décrits en demande, mais justifie ce système par une sorte d'état de nécessité puisqu'il ne pourrait pas plus recourir à des contrats à durée indéterminée - du fait de la possibilité laissée à tout moment au politique de mettre un terme à une opération extérieure, ce qui priverait d'utilité les salariés à durée indéterminée employés sur ce site mais empêcherait néanmoins leur employeur de les licencier - qu'à des contrats à durée déterminée - l'application des règles relatives au délai de carence s'opposant à l'impératif de disponibilité continue de ses services pour les militaires déployés. L'Economat des Armées déduit de cette double impossibilité dans laquelle il se trouve l'existence d'un régime spécial dérogeant au régime général ou, pour le dire autrement, revendique une application sélective des règles encadrant le recours à des contrats à durée déterminée.

Le Conseil observe que cet argumentaire a été développé à plusieurs reprises par l'Economat des Armées, tant devant le Conseil de Prud'hommes de céans que devant la Cour d'appel de Paris, les écritures de l'Economat des Armées étant à ce point reprises que le Conseil y est régulièrement dénommé « la Cour » (pages 31, 43. 44 des conclusions). Et le Conseil relève que la Cour d'appel de Paris a également déjà répondu à la défenderesse par des motifs que le Conseil fait siens et qu'il a d'ailleurs lui-même déjà développés dans des espèces similaires face

au même Economat des Armées à savoir qu'un tel argumentaire ne saurait prospérer en ce qu'il ne fait état d'aucun élément de droit et de fait suffisamment précis quant aux impératifs de défense nationale poursuivis par l'Economat qui seraient de nature à justifier la non-application des dispositions des articles L 1244-3 et L. 1244-3.1. En effet, il ne peut être considéré que les dispositions du code de la défense - notamment ses articles L.4121-5 et R. 3222-4, dispositions d'ordre général sur la mobilisation des militaires et des forces terrestres "en tout temps et en tout lieu"- doivent s'analyser comme une loi spéciale par rapport à la loi générale qui serait constituée des règles précises du code du travail en matière de recours aux CDD. Accepter cet argument reviendrait en effet à considérer que la particularité des missions exercées à l'étranger par l'Economat des Armées en soutien des militaires permettrait d'écarter les règles d'ordre public du droit du travail, ce qui ne peut être.

Dès lors, en application de l'article L 1245-1 précité du code du travail, il y a lieu de requalifier les contrats de travail à durée déterminée en un contrat de travail à durée indéterminée à compter du 27 mars 2012.

3.2.2) Sur les conséquences de la requalification

i) Sur l'effet des soldes de tout compte

Aux termes de l'article L.1234-20 du code du travail, le solde de tout compte, établi par l'employeur et dont le salarié lui donne reçu, fait l'inventaire des sommes versées au salarié lors de la rupture du contrat de travail. Le reçu pour solde de tout compte peut être dénoncé dans les six mois qui suivent sa signature, délai au-delà duquel il devient libératoire pour l'employeur pour les sommes qui y sont mentionnées.

Dès lors que la qualification des contrats sur la base desquels le solde de tout compte est établi a été modifiée par le juge, le salarié, qui n'a pas pu renoncer aux droits résultant de la requalification des CDD en CDI, est en droit de contester les sommes y figurant, y compris après le délai de six mois, même si cette possibilité reste limitée aux sommes figurant sur le solde de tout compte qui portent sur des points dont l'analyse est modifiée par la requalification opérée.

En conséquence, l'Economat des Armées sera débouté de son moyen tendant à faire juger prescrite l'action de Monsieur X.

Sur la demande de rappel de salaire relatif aux IGD Monsieur X invoque le principe "à travail égal salaire égal pour solliciter la condamnation de l'Economat des Armées à lui payer le différentiel entre les IGD perçues et les IGD perçues par les salariés en CDI sur les théâtres d'opérations extérieures auxquels il a été affecté, soutenant que leur montant serait supérieur à celui qui lui a été appliqué en tant que salarié en CDD.

L'article 1353 du code civil énonce que celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver et que, réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

Le Conseil observe que, sur cette question d'une éventuelle inégalité salariale, Monsieur X procède par pure affirmation sans apporter d'éléments de nature à établir que des salariés auraient perçu une rémunération supérieure.

Cette demande sera donc rejetée.

ii) Sur le salaire de référence

Puisqu'il n'y a pas lieu d'intégrer les IGD dans le salaire de référence, ces dernières n'ayant pas la nature de salaire, il sera fait droit aux demandes de Monsieur X sur la base subsidiaire d'un salaire mensuel de 2.947.34 €, l'Economat des Armées ne contestant pas ce montant.

iii) Sur l'indemnité de requalification

L'article L.1245-2 du code du travail, dans sa version applicable à la cause, prévoit que la requalification en contrat à durée indéterminée ouvre droit, pour le salarié, à une indemnité à la charge de l'employeur ne pouvant être inférieure à un mois de salaire.

Compte tenu de la durée d'emploi en CDD alors que les règles relatives au mésusage de ces contrats dans le cas d'emplois qui s'enchainent sans respect du délai de carence sont bien connues des parties, le préjudice moral qui en est résulté pour Monsieur X est plus important que le montant minimal prévu par les textes. Le préjudice résultant pour Monsieur X du recours abusif par l'Economat des Armées aux CDD sera justement réparé par la condamnation de son ancien employeur à lui payer la somme de 5.894.68 €, correspondant à deux mois de salaire.

Sur l'indemnité compensatrice de préavis L'article L1234-1 du code du travail énonce que, lorsque le licenciement n'est pas motivé par une faute grave, le salarié a droit :

1° Sil justifie chez le même employeur d'une ancienneté de services continus inférieure à six mois, à un préavis dont la durée est déterminée par la loi, la convention ou l'accord collectif de travail ou, à défaut, par les usages pratiqués dans la localité et la profession ;

2° Sil justifie chez le même employeur d'une ancienneté de services continus comprise entre six mois et moins de deux ans, à un préavis d'un mois ;

3° S'il justifie chez le même employeur d'une ancienneté de services continus d'au moins deux ans, à un préavis de deux mois.

Toutefois, les dispositions des 2° et 3° ne sont applicables que si la loi, la convention ou l'accord collectif de travail, le contrat de travail ou les usages ne prévoient pas un préavis ou une condition d'ancienneté de services plus favorable pour le salarié.

Dans ses écritures, Monsieur X sollicite le versement de trois mois de salaire à titre d'indemnité compensatrice de préavis, sans cependant justifier de la disposition qui dérogerait à l'indemnisation à hauteur de deux mois de salaire prévue par les textes légaux.

Dans ses écritures en défense, l'Economat des Armées rappelle précisément que cette indemnité ne saurait être supérieure à la valeur de deux mois de salaire - le Règlement du personnel civil de l'Economat des Armées, invoqué par le défendeur sans cependant être fourni, étant décrit comme n'étant pas plus favorable au salarié que ne l'est la loi - et n'est pas contredit par Monsieur X.

En conséquence, il y a lieu de condamner l'Economat des Armées à payer à Monsieur X la somme de 5.894,68 E à titre d'indemnité compensatrice de préavis, outre 589.47 € au titre des congés payés afférents.

Il résulte des articles L. 1234-9, alinéa 1^{er}, et R.1234-2 du code du travail, dans leur version applicable à la cause que le salarié titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée, licencié alors qu'il compte huit mois d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur, a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité de licenciement qui ne peut être inférieure aux montants suivants :

1° un quart de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années jusqu'à dix ans ;

2° un tiers de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années à partir de dix ans.

Monsieur X invoque, au soutien d'un traitement dérogatoire plus avantageux, la convention collective du personnel civil de l'Economat des Armées, mais ne la verse pas aux débats.

De son côté, l'Economat des Armées invoque l'article 23 du règlement du personnel civil de l'Economat des Armées, mais, pas plus que le demandeur, ne verse ce texte aux débats.

Bien que le Conseil n'ait ainsi été destinataire ni de la convention collective invoquée en demande, ni du Règlement intérieur invoqué en défense, il doit être constaté que les parties s'accordent sur l'existence d'un régime dérogatoire au régime légal plus favorable au salarié puisqu'il fixerait l'indemnité de licenciement à la valeur de 2/3 du salaire de référence par année d'ancienneté.

Dans la mesure où les parties s'accordent sur cette valeur, il y a lieu d'en faire application.

En ce qui concerne son ancienneté, il convient de tenir compte de la requalification opérée par le Conseil, lequel a retenu l'existence d'un contrat à durée indéterminée à compter du 27 mars 2012.

La relation de travail a pour sa part pris fin à la fin du dernier contrat, soit au 1er juin 2020.

L'ancienneté est donc de 8 années et 2 mois, auxquelles il conviendrait d'ajouter les deux mois du préavis, ce qui ne sera cependant pas fait car cela dépasserait les termes de la demande, laquelle retient une durée de 8 ans et 2 mois.

Le calcul est donc le suivant :

$$((2.947.34 \text{ €} \times 8) \times (2/3)) + ((2.947.34 \text{ €}) \times (2/3) \times (2 / 12)) = 15.719.15 \text{ €} + 327.48 \text{ €} = 16.046.63\text{€}$$

En conséquence, l'Economat des Armées sera condamné à payer à Monsieur X la somme de 16.046.63 € à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement.

3.2.3) Sur la question de la nullité du licenciement : nullité du licenciement car lié à l'état de santé du salarié

L'article L1132-1 du code du travail énonce qu'aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de nomination ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, 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 mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses

opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de son exercice d'un mandat électif local, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français.

Dans le cas d'espèce. Monsieur X verse aux débats un courrier de l'Economat des Armées qui lui demande de prendre du repos en raison de son « état de stress perceptible », le demandeur étant invité à ne recandidater qu'ultérieurement pour son propre bien.

Il n'appartient pourtant pas à l'employeur de déclarer son salarié inapte, partiellement ou totalement, temporairement ou définitivement, ce pouvoir étant de la compétence exclusive de la médecine du travail.

Dès lors, c'est bien pour un motif tiré de la santé du salarié, apprécié qui plus est par le seul employeur, qu'il a été mis fin à la relation de travail de Monsieur X.

En conséquence, le Conseil juge que le licenciement de Monsieur X est entaché de nullité.

Sur l'indemnité de licenciement nul

L'article L1235-3-1 du code du travail énonce 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.

Pour justifier d'une indemnisation représentant plus de 13 mois de salaire, Monsieur X fait état des risques à venir pour retrouver un emploi dans son secteur. Néanmoins, s'agissant du secteur de la restauration, une telle assertion n'est pas évidente et doit donc être accompagnée d'éléments objectifs prouvant des difficultés particulières d'emploi, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Il est cependant permis de relever la méthode brutale utilisée pour ne plus recourir aux services du demandeur alors même que l'Economat des Armées se disait très satisfait de lui, méthode qui sera certainement un poids pour le demandeur, en termes de confiance en soi, pour retrouver un emploi.

Au total, il sera fait une juste appréciation du préjudice de Monsieur X en le fixant à la valeur de huit mois de salaire. En conséquence, l'Economat des Armées sera condamné à payer à Monsieur X la somme de 23.578.72 €.

En revanche, Monsieur X sera débouté de sa demande indemnitaire supplémentaire fondée sur la discrimination subie du fait de son état de santé puisque, en l'absence de démonstration d'un préjudice distinct, le recours à ce motif illicite de licenciement est déjà réparé par le fait d'écarter les contraintes liées aux barèmes dits Macron, le Conseil ayant justement indemnisé Monsieur X pour l'atteinte portée à son droit par son employeur. En l'absence de démonstration d'un préjudice distinct, il n'y a pas lieu à indemniser un autre chef de préjudice.

3.2.4) Sur les demandes accessoires

Monsieur X sollicite un rappel de salaire pour la période allant du 5 juillet 2019 au 20 octobre 2019 au cours de laquelle il aurait dû recevoir le salaire de chef d'exploitation.

L'Economat des Armées s'oppose à cette demande au motif qu'il s'est écoulé plus de six mois après la notification du solde de tout compte.

En ce qui concerne le solde de tout compte, le délai de six mois pour le contester ne vaut que pour les sommes qui figurent sur ce solde et n'agit donc pas comme un délai de prescription général qui viendrait contredire tous les délais de prescription propres au droit du travail, et notamment le délai de trois années qui prévaut pour les rappels de salaire. Dans la mesure où les salaires pour la période allant du 5 juillet 2019 au 20 octobre 2019 ne figurent pas dans ce solde de tout compte, Monsieur X n'est pas prescrit dans son action.

Sur le fond, Monsieur X déclare n'avoir pas pu exercer des fonctions de chef de cuisine entre le 5 juillet 2019 et le 20 octobre 2019 au motif que les différents restaurants étaient alors fermés pour cause de travaux, et il n'est pas contredit par l'Economat des Armées. De plus.

Monsieur X produit un procès-verbal de passation de consignes où il est bien désigné comme "chef d'exploitation" à compter du 6 juillet 2019.

En conséquence, faute d'éléments venant contredire ceux produits en demande, il sera fait droit à la demande de Monsieur X et l'Economat des Armées sera condamné à lui payer la somme de 1.508.99 € à titre de rappel de salaire pour la période allant du 5 juillet 2019 au 20 octobre 2019, outre 150.90 € au titre des congés payés afférents.

En ce qui concerne la question de l'obligation de sécurité, Monsieur X reproche à l'Economat des Armées la manière dont ont été traités ses symptômes de douleur de poitrine, et notamment le fait de l'avoir diagnostiqué positif au COVID-19 sans le tester, avant de le confiner avec d'autres salariés dans son cas, puis de le rapatrier.

Le Conseil observe que les tests étaient effectivement très rares au début du mois de mai 2020 et que, y compris en France métropolitaine, l'usage médical consistait à poser des diagnostics sans test, sur la foi de symptômes considérés, à cette époque, comme révélateurs d'une contamination

au COVID-19.

Le Conseil observe également que l'Economat des Armées a fait passer une batterie de tests sérieuse à son salarié pour écarter d'autres pistes (prise de sang et scanner des poumons).

Quant au fait d'être confiné avec d'autres salariés diagnostiqués (également sans test) positifs au COVID-19, il s'agit d'une mesure visant à respecter l'obligation de sécurité de l'employeur vis-à-vis des autres salariés, non diagnostiqués positifs au COVID-19, le demandeur ayant par ailleurs été rapatrié avec célérité (12 jours après la déclaration des symptômes) en France métropolitaine. Par conséquent, avec les outils qui étaient disponibles à l'époque, le Conseil juge qu'il n'y a pas de violation, par l'Economat des Armées, de son obligation de sécurité et Monsieur X sera débouté de sa demande indemnitaire.

En ce qui concerne la question du remboursement des allocations Pôle Emploi, il résulte de l'article L. 1235-4 du code du travail que lorsque le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse, cas prévu à l'article L. 1235-3 de ce code, 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 étant ordonné d'office lorsque lesdits organismes ne sont pas intervenus à l'instance ou n'ont pas fait connaître le montant des indemnités versées. Le texte cant d'interprétation stricte, cette sanction n'est pas applicable s'agissant non d'un licenciement jugé sans cause réelle et sérieuse, mais d'une rupture ayant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Il sera ordonné à l'Economat des Armées de remettre à Monsieur X un bulletin de paie, un certificat de travail et une attestation Pôle emploi conformes à la présente décision, sans qu'il n'apparaisse nécessaire d'ordonner une astreinte.

Les intérêts des sommes allouées au titre des créances salariales, courent, conformément à l'article 1153 du code civil, au taux légal à compter du jour de la présentation à l'employeur de la lettre le convoquant à la première audience, soit le 4 octobre 2017, tandis que ceux des créances indemnitaires courent à compter du présent jugement.

Partie perdante, l'Economat des Armées sera condamné aux dépens.

Il serait contraire à l'équité que Monsieur X conserve la charge des frais irrépétibles exposés pour faire valoir ses droits. L'Economat des Armées sera condamné à lui payer la somme de 3.000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Au regard de l'ancienneté du litige, il convient d'ordonner l'exécution provisoire.

Frédéric CHHUM avocat et ancien membre du conseil de l'ordre des avocats de Paris (mandat 2019-2021)

CHHUM AVOCATS (Paris, Nantes, Lille)

e-mail: chhum@chhum-avocats.com

www.chhum-avocats.fr

<https://www.instagram.com/fredericchhum/?hl=fr>

.Paris: 34 rue Petrelle 75009 Paris tel: 0142560300

.Nantes: 41, Quai de la Fosse 44000 Nantes tel: 0228442644

.Lille: : 45, Rue Saint Etienne 59000 Lille – Ligne directe +(33) 03.20.57.53.24