

SOC.

IK

COUR DE CASSATION

Audience publique du 2 juin 2021

Cassation partielle

M. CATHALA, président

Arrêt n° 690 FS-P
sur les deuxième et troisième moyens

Pourvoi n° G 19-16.183

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, DU 2 JUIN 2021

M. [V] [X], domicilié [Adresse 1], a formé le pourvoi n° G 19-16.183 contre l'arrêt rendu le 18 décembre 2018 par la cour d'appel de Paris (pôle 6, chambre 11), dans le litige l'opposant à la société Ubiquis, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 2], défenderesse à la cassation.

La société Ubiquis a formé un pourvoi incident contre le même arrêt, à l'encontre de :

1°/ M. [V] [X],

2°/ à Pôle emploi, dont le siège est [Adresse 3],

défendeurs au pourvoi incident.

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

La demanderesse au pourvoi incident invoque, à l'appui de son recours, les trois moyens de cassation également annexés au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Prieur, conseiller référendaire, les observations de la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat de M. [X], de la SCP Célice, Texidor, Périer, avocat de la société Ubiquis, et l'avis de Mme Rémerly, avocat général, après débats en l'audience publique du 8 avril 2021 où étaient présents M. Cathala, président, Mme Prieur, conseiller référendaire rapporteur, M. Schamber, conseiller doyen, Mme Monge, MM. Sornay, Rouchayrole, Flores, Mme Lecaplain-Morel, conseillers, Mmes Ala, Thomas-Davost, Techer, conseillers référendaires, Mme Rémerly, avocat général, et Mme Pontonnier, greffier de chambre,

la chambre sociale de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt ;

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 18 décembre 2018), M. [X] a été engagé par la société Ubiquis en qualité de rédacteur, par une succession de contrats à durée déterminée du 26 novembre 2002 au 24 janvier 2013.
2. Le salarié a saisi la juridiction prud'homale, le 18 septembre 2013, de demandes en requalification de la relation de travail en un contrat à durée indéterminée, en qualification de la rupture du contrat en un licenciement sans cause réelle et sérieuse, ainsi qu'en paiement de diverses sommes à titre de rappel de salaire, d'indemnités de requalification, de préavis et de rupture, calculées sur la base du salaire d'un rédacteur permanent à temps complet.

Examen des moyens

Sur les premier, deuxième et troisième moyens du pourvoi incident de l'employeur, ci-après annexés

3. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Mais sur le deuxième moyen du pourvoi principal du salarié, pris en sa première branche, qui est préalable

Enoncé du moyen

4. Le salarié fait grief à l'arrêt de limiter à une certaine somme celle allouée à titre de rappel de salaire pour les périodes inter-contrats, outre les congés payés afférents, alors « qu'il résulte de l'article L. 3121-1 du code du travail que la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles ; que constitue du temps de travail effectif devant être rémunéré comme tel le temps durant lequel un salarié se tient à la disposition de son employeur durant les périodes dites interstitielles séparant les contrats à durée déterminée successifs conclus avec lui ; que la cour d'appel a constaté qu'il était établi que le salarié se tenait à la disposition permanente de la société pendant les périodes interstitielles, ce dont il résultait qu'il devait être rémunéré sur la base d'un temps complet ; qu'en déclarant bien fondée sa demande de rappels de salaires durant ces périodes, tout en la calculant sur la base d'un temps partiel, la cour d'appel n'a pas tiré les

conséquences de ses propres constatations et, partant, a violé les articles L. 1245-1 et L. 3121-1 du code du travail dans leur version alors applicable. »

Réponse de la Cour

Vu l'article L. 1245-1 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, et l'article L. 3121-1 du même code, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 :

5. Il résulte du premier de ces textes que la requalification d'un contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée ne porte que sur le terme du contrat et laisse inchangées les stipulations contractuelles relatives à la durée du travail. Réciproquement, la requalification d'un contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet ne porte que sur la durée de travail et laisse inchangées les autres stipulations relatives au terme du contrat.

6. Par ailleurs, il incombe au salarié qui sollicite un rappel de salaire au titre des périodes interstitielles de rapporter la preuve qu'il est resté à la disposition de l'employeur durant les périodes séparant deux contrats à durée déterminée.

7. Pour limiter à une certaine somme le montant du rappel de salaire dû au titre des périodes interstitielles, l'arrêt, après avoir retenu que le salarié, qui s'était tenu à la disposition de l'employeur, était bien fondé en sa demande de rappel de salaire, ajoute qu'en revanche l'intéressé ne peut prétendre à un rappel de salaire sur la base d'un temps complet dans la mesure où il résulte des bulletins de paie qu'il a toujours travaillé à temps partiel pour une durée ne dépassant pas 100 heures par mois.

8. En statuant ainsi, retenant pour base de calcul du montant du rappel de salaire dû la durée moyenne mensuelle de travail obtenue par l'addition des durées des contrats à durée déterminée exécutés rapportée au mois, et non la réalité de la situation de chaque période interstitielle telle que résultant de chacun des contrats à durée déterminée l'ayant précédée, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Et sur le troisième moyen du pourvoi principal, pris en sa première branche

Enoncé du moyen

9. Le salarié fait grief à l'arrêt de limiter à une certaine somme celle allouée à titre d'indemnité compensatrice de préavis, outre les congés payés afférents, alors « qu'en cas de requalification de contrats à durée déterminée successifs en contrat à durée indéterminée, le salaire mensuel de référence est le salaire mensuel d'un salarié permanent à temps plein lorsque le salarié est demeuré à la disposition de l'employeur durant les périodes contractuelles et les périodes interstitielles ; qu'en calculant l'indemnité compensatrice de préavis sur la base du salaire mensuel moyen perçu par le salarié dans le cadre de son dernier contrat à durée déterminée à temps partiel et non sur la base du salaire d'un rédacteur permanent à temps plein, sans examiner la disponibilité du salarié sur l'ensemble de la période contractuelle, y compris durant les périodes interstitielles, et ce depuis le jour du premier contrat à durée déterminée irrégulier, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles L. 1221-1 et L. 1234-1 du code du travail dans leur version applicable en la cause. »

Réponse de la Cour

Vu les articles L. 1234-1 et L. 1234-5 du code du travail :

10. Selon ces textes, l'indemnité compensatrice de préavis due au salarié est égale au montant des salaires qu'il aurait perçus s'il avait travaillé pendant la durée du préavis.

11. Pour limiter la somme allouée à titre d'indemnité de préavis, l'arrêt retient que le salaire mensuel moyen étant en

dernier lieu de 407,21 euros, il y a lieu d'allouer au salarié une indemnité compensatrice de préavis égale à deux mois de salaire soit la somme de 814,42 euros.

12. En statuant ainsi, en se basant sur un salaire moyen perçu pour les seules périodes contractuelles antérieures à la rupture, sans prendre en compte le salaire que le salarié aurait dû percevoir s'il avait pu exécuter le préavis, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Portée et conséquences de la cassation

13. En application de l'article 624 du code de procédure civile, la cassation prononcée sur le deuxième moyen du pourvoi principal concernant le montant du rappel de salaire dû au titre des périodes interstitielles, emporte la cassation par voie de conséquence des chefs de dispositif par lesquels l'employeur est condamné au paiement de diverses sommes au titre de l'indemnité de requalification, de l'indemnité de licenciement et des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, dont le montant dépend des salaires dus au titre de l'exécution du contrat de travail.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

REJETTE le pourvoi incident formé par la société Ubiquis ;

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il condamne la société Ubiquis à payer à M. [X] les sommes de 1 221,63 euros au titre de l'indemnité de requalification, 8 800,92 euros à titre de rappel de salaire dû au titre des périodes interstitielles, 880,09 euros au titre des congés payés afférents, 814,42 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis, 81,44 euros au titre des congés payés afférents, 823,46 euros au titre de l'indemnité de licenciement et 5 000 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt rendu le 18 décembre 2018, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

Remet, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Paris autrement composée ;

Condamne la société Ubiquis aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société Ubiquis et la condamne à payer à M. [X] la somme de 3 000 euros ;

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

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du deux juin deux mille vingt et un.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits, au pourvoi principal, par la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat aux Conseils, pour M. [X]

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué de n'AVOIR condamné l'employeur à payer que la somme de 1 221,63 euros à titre d'indemnité de requalification d'AVOIR débouté le salarié pour le surplus.

AUX MOTIFS QUE Monsieur [X] demande à la cour de fixer son salaire de référence à la somme mensuelle de 2.100 euros bruts correspondant à celui d'un rédacteur permanent relevant du statut cadre, à temps plein, poste qu'il aurait dû occuper depuis l'origine de la relation de travail ; qu'il demande à la cour de lui allouer en application de l'article L.1245-2 du code du travail, une indemnité de 25.000 euros équivalente à 12 mois de salaire destinée à réparer le préjudice résultant de son maintien dans un statut précaire, l'empêchant de bénéficier de l'ensemble des avantages réservés aux

rédacteurs-cadres notamment du suivi médical, du décompte du temps de travail, de l'impossibilité de prétendre à une évolution de carrière, de la privation d'une partie de ses droits à Pôle Emploi du fait de l'absence de déclaration de la totalité des heures de travail réalisées, de celle de participer aux élections professionnelles et de bénéficier des actions sociales et culturelles du comité d'entreprise ; que la société Ubiquis s'oppose à la demande ; que l'indemnité de requalification à laquelle le salarié peut prétendre en application de l'article L.1245-2 du code du travail ne peut être inférieure à un mois de salaire correspondant à la dernière moyenne des salaires perçus ; que c'est donc à tort que Monsieur [X] sollicite que l'indemnité de requalification soit calculée sur la base du salaire mensuel d'un rédacteur permanent employé à temps complet ; que par ailleurs, le droit à l'indemnité de requalification sanctionne exclusivement la conclusion du contrat à durée déterminée en méconnaissance des exigences légales de sorte que Monsieur [X] ne saurait prétendre à obtenir à ce titre réparation d'autres chefs de préjudice ; qu'en l'espèce, la moyenne des trois derniers salaires de Monsieur [X] s'élève à la somme de 407,21 euros ; qu'au vu de la durée du recours aux contrats à durée déterminée, la cour fixe l'indemnité de requalification à la somme de 1.221,63 euros équivalente à trois mois de salaire.

1° ALORS QUE le montant minimum de l'indemnité de requalification d'un contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée est calculé selon la dernière moyenne de salaire mensuel ; que le salaire mensuel de référence est le salaire mensuel d'un salarié permanent à temps plein lorsque le salarié est demeuré à la disposition de l'employeur durant les périodes contractuelles et les périodes interstitielles ; qu'en jugeant que c'était à tort que le salarié sollicitait que l'indemnité de requalification soit calculée sur la base du salaire mensuel d'un rédacteur permanent employé à temps plein, sans examiner la disponibilité de celui-ci sur l'ensemble de la période contractuelle, y compris durant les périodes interstitielles, et ce depuis le jour du premier contrat à durée déterminée irrégulier, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L.1245-2 du code du travail alors applicable.

2° ALORS à tout le moins QU'en jugeant que c'était à tort que le salarié sollicitait que l'indemnité de requalification soit calculée sur la base du salaire mensuel d'un rédacteur permanent employé à temps plein, sans aucun motif, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué de n'AVOIR condamné l'employeur à payer que la somme de 8 800,92 euros à titre de rappels de salaire pour les périodes d'inter-contrats, outre les congés payés y afférents, et d'AVOIR débouté le salarié pour le surplus.

AUX MOTIFS QUE Monsieur [X] sollicite un rappel de salaire de 76.304,05 euros outre 7.630,40 euros au titre des congés payés, pour la période de 2008 à 2013, sommes calculées sur la base du salaire mensuel minimum d'un rédacteur à temps plein, soit 2.100 euros bruts ; qu'il soutient en effet qu'il travaillait à temps complet si l'on tient compte du fait que la société Ubiquis ne rémunérait pas la totalité des heures effectuées mais seulement ses heures de présence chez le client sans compter le temps nécessaire à la rédaction des comptes-rendus et qu'il s'est par ailleurs tenu constamment à la disposition de l'employeur ; que la société Ubiquis oppose aux demandes antérieures au 24 janvier 2010 la prescription triennale de l'article L. 3245-1 du code du travail et s'oppose au fond à la demande pour la période postérieure ; qu'elle fait valoir à cet effet que Monsieur [X], ainsi qu'il l'a lui-même reconnu, ne travaillait pas à temps complet, qu'il prétend sans preuve qu'il n'était pas payé de la totalité de ses prestations, qu'il ne réalisait que des filages qui ne nécessitaient la rédaction d'aucun écrit et qu'il n'était pas exigé de lui qu'il se tienne à disposition en permanence puisque, notamment, il est établi qu'il a travaillé pour des sociétés concurrentes ; qu'aux termes de l'article 21 de la loi du 14 juin 2013, les dispositions réduisant les délais de prescription s'appliquent à celles qui sont en cours à compter de la promulgation de la loi, soit le 17 juin 2013, sans que la durée totale de la prescription puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure, soit en l'espèce 5 ans ; que Monsieur [X] ayant saisi le conseil de prud'hommes le 18 septembre 2013 est recevable en ses demandes à compter du 18 septembre 2008 ; qu'au fond, il est établi que Monsieur [X] qui n'avait pas d'autre employeur sur la période considérée de 2008 à 2013 que la société Uniquis - ainsi qu'en attestent son relevé de carrière du régime général de sécurité sociale (sa pièce 23) et ses avis d'imposition - se tenait à la disposition permanente de cette dernière ainsi qu'il résulte de la production de 56 fiches de mission (pièce 9) établissant que ces missions lui étaient confiées le jour même (par exemple, le 27 janvier 2012 à 10h52 pour une mission le même jour à 15 heures) ou tout au plus avec un délai de prévenance de deux jours ; que le fait que Monsieur [X] ait refusé très exceptionnellement une

mission - seuls deux exemples d'un tel refus étant produits - ne démontre pas qu'il n'était pas à la disposition de l'employeur ; que Monsieur [X] est donc bien-fondé en sa demande de rappel de salaire pour les périodes interstitielles ; qu'en revanche, il ne peut prétendre à un rappel de salaire sur la base d'un temps complet alors qu'il résulte de ses bulletins de paie qu'il n'a toujours travaillé qu'à temps partiel ne dépassant pas 100 heures par mois ; qu'en outre, il admet lui-même que ses missions n'ont consisté à partir de septembre 2010 qu'en la réalisation de filages qui n'exigeaient pas la rédaction de comptes-rendus en dehors de son temps de présence chez le client de sorte qu'il faut considérer que les heures payées correspondaient aux heures travaillées ; qu'il ne produit pour la période antérieure pendant laquelle il a rédigé des comptes-rendus aucun élément permettant d'établir que son temps de travail excédait les heures rémunérées ; qu'au vu des périodes non travaillées, la cour est en mesure d'allouer à Monsieur [X] un rappel de salaire d'un montant de 8.800,92 euros outre 880,09 euros au titre des congés payés afférents.

1° ALORS d'une part QU'il résulte de l'article L.3121-1 du code du travail que la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles ; que constitue du temps de travail effectif devant être rémunéré comme tel le temps durant lequel un salarié se tient à la disposition de son employeur durant les périodes dites interstitielles séparant les contrats à durée déterminée successifs conclus avec lui ; que la cour d'appel a constaté qu'il était établi que le salarié se tenait à la disposition permanente de la société pendant les périodes interstitielles, ce dont il résultait qu'il devait être rémunéré sur la base d'un temps complet ; qu'en déclarant bien-fondée sa demande de rappels de salaires durant ces périodes, tout en la calculant sur la base d'un temps partiel, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations et, partant, a violé les articles L.1245-1 et 3121-1 du code du travail dans leur version alors applicables.

2° ALORS QUE la durée du travail durant les périodes interstitielles ne saurait dépendre de celle des périodes contractuelles ; qu'en refusant un rappel de salaire à temps plein durant les périodes interstitielles, au motif que le salarié effectuait un horaire contractuel à temps partiel de 100 heures par mois maximum, la cour d'appel a statué par des motifs erronés, en violation des articles L.1221-1 et L.3123-1 du code du travail alors applicable.

3° ALORS en tout état de cause QUE s'agissant des périodes contractuelles, que l'exposant avait fait valoir que durant l'exécution de chaque contrat de travail, il travaillait à temps complet, parfois selon des durées qui excédaient les durées maximales quotidiennes ; que la cour d'appel a relevé qu'il résultait des bulletins de paie que le salarié avait toujours travaillé à temps partiel sans dépasser 100 heures par mois ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle y était pourtant invitée, quelle était la durée du travail prévue dans chacun des contrats à durée déterminée, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles L.3123-1 et L.3123-14 du code du travail dans leur version alors applicable.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué de n'AVOIR condamné l'employeur à payer que la somme de 814,42 euros à titre d'indemnité de préavis, outre les congés payés y afférents, et d'AVOIR débouté le salarié pour le surplus.

AUX MOTIFS QUE le salaire mensuel moyen était en dernier lieu de 407,21 euros ; qu'il y a lieu en conséquence d'allouer à Monsieur [X] une indemnité compensatrice de préavis égale à deux mois de salaire soit la somme de 814,42 euros.

1° ALORS QU'en cas de requalification de contrats à durée déterminée successifs en contrat à durée indéterminée, le salaire mensuel de référence est le salaire mensuel d'un salarié permanent à temps plein lorsque le salarié est demeuré à la disposition de l'employeur durant les périodes contractuelles et les périodes interstitielles ; qu'en calculant l'indemnité compensatrice de préavis sur la base du salaire mensuel moyen perçu par le salarié dans le cadre de son dernier contrat à durée déterminée à temps partiel et non sur la base du salaire d'un rédacteur permanent à temps plein, sans examiner la disponibilité du salarié sur l'ensemble de la période contractuelle, y compris durant les périodes interstitielles, et ce depuis le jour du premier contrat à durée déterminée irrégulier, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles L.1221-1 et L.1234-1 du code du travail dans leur version applicable en la cause.

2° ALORS à tout le moins QU'en retenant un salaire moyen de référence de 407,21 euros sans aucun motif, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué de n'AVOIR condamné l'employeur à payer que la somme de 823,46 euros à titre d'indemnité de licenciement, et d'AVOIR débouté le salarié pour le surplus.

AUX MOTIFS QUE le salaire mensuel moyen était en dernier lieu de 407,21 euros ; (?) ; que l'indemnité de licenciement calculée conformément à l'article L.1234-9 et R.1234-2 du code du travail s'élève à la somme de 823,46 euros que la société Ubiquis est condamnée à payer à Monsieur [X].

1° ALORS QU'en cas de requalification de contrats à durée déterminée successifs en contrat à durée indéterminée, le salaire mensuel de référence est le salaire mensuel d'un salarié permanent à temps plein lorsque le salarié est demeuré à la disposition de l'employeur durant les périodes contractuelles et les périodes interstitielles ; qu'en calculant l'indemnité de licenciement sur la base du salaire mensuel moyen perçu par le salarié dans le cadre de son dernier contrat à durée déterminée à temps partiel et non sur la base du salaire d'un rédacteur permanent à temps plein, sans examiner la disponibilité du salarié sur l'ensemble de la période contractuelle, y compris durant les périodes interstitielles, et ce depuis le jour du premier contrat à durée déterminée irrégulier, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles L.1221-1, L.1234-9 et R.1234-2 du code du travail dans leur version alors applicable.

2° ALORS à tout le moins QU'en retenant un salaire moyen de référence de 407,21 euros sans aucun motif, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué de n'AVOIR condamné l'employeur à payer que la somme 5 000 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, et d'AVOIR débouté le salarié pour le surplus.

AUX MOTIFS QUE le salaire mensuel moyen était en dernier lieu de 407,21 euros ; (?) ; que compte tenu notamment de l'effectif de l'entreprise, des circonstances de la rupture, du montant de la rémunération versée à Monsieur [X], 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 est en mesure de lui allouer la somme de 5.000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, en application de l'article L.1235-3 du code du travail.

1° ALORS QU'en cas de requalification de contrats à durée déterminée successifs en contrat à durée indéterminée, le salaire mensuel de référence est le salaire mensuel d'un salarié permanent à temps plein si le salarié est demeuré à la disposition de l'employeur durant les périodes contractuelles et les périodes interstitielles ; qu'en fixant le montant des dommages et intérêts sur la base du salaire mensuel moyen perçu par le salarié dans le cadre de son dernier contrat à durée déterminée à temps partiel et non sur la base du salaire d'un rédacteur permanent à temps plein, sans examiner la disponibilité du salarié sur l'ensemble de la période contractuelle, y compris durant les périodes interstitielles, et ce depuis le jour du premier contrat à durée déterminée irrégulier, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles L.1221-1, L.1234-9 et R.1234-2 du code du travail dans leur version applicable en la cause.

2° ALORS à tout le moins QU'en retenant un salaire moyen de référence de 407,21 euros sans aucun motif, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile. Moyens produits, au pourvoi incident et provoqué, par la SCP Célice, Texidor, Périer, avocat aux Conseils, pour la société Ubiquis

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR déclaré recevables les demandes de Monsieur [X], d'AVOIR requalifié les contrats à durée déterminée de Monsieur [X] en contrat à durée indéterminée à compter du 26 novembre 2002, d'AVOIR condamné la société UBIQUS à payer à Monsieur [X] les sommes de 1.221,63 ? au titre de l'indemnité de requalification, 8.800,92 ? à titre de rappel de salaire, 880,09 ? au titre des congés payés afférents, 814,42 ? à titre d'indemnité

compensatrice de préavis, 81,44 ? au titre des congés payés afférents, 823,46 ? au titre de l'indemnité de licenciement, ces sommes étant assorties de l'intérêt au taux légal à compter de la réception par l'employeur de la convocation devant le conseil de prud'hommes, 5.000 ? à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse avec intérêts au taux légal à compter de l'arrêt, et d'AVOIR ordonné à la société UBIQUS le remboursement à Pôle Emploi des indemnités de chômage éventuellement versées au salarié depuis son licenciement dans la limite de six mois d'indemnités ;

AUX MOTIFS QUE « sur la prescription de la demande de requalification des contrats à durée déterminée en contrat à durée indéterminée ; (?) ; en l'espèce, le dernier contrat remonte au 24 janvier 2013. Monsieur [X] ayant saisi le conseil de prud'hommes de sa demande de requalification le 18 septembre 2013, son action n'est pas prescrite. Le jugement est infirmé de ce chef. Sur la requalification des contrats à durée déterminée en contrat à durée indéterminée ; à l'appui de sa demande de requalification, Monsieur [X] fait valoir que les contrats à durée déterminée ne lui étaient pas remis dans le délai de deux jours suivant son embauche, comme l'exige l'article L. 1242-13 du code du travail, que par ailleurs, la société Ubiquus a recouru à tort à un contrat à durée déterminée d'usage du 19 novembre 2002 au 19 septembre 2005 puis à un contrat à durée déterminée motivé par un accroissement temporaire d'activité du 20 septembre 2005 au 24 janvier 2013, sans justifier du motif de recours invoqué et il soutient qu'il occupait en réalité un emploi lié à l'activité normale et permanente de la société. La société Ubiquus s'oppose à la demande au motif qu'aucun texte ne sanctionne le non-respect des dispositions de l'article L. 1242-13 du code du travail. Elle soutient que Monsieur [X] était informé par la remise d'une lettre de mission de tous les éléments contractuels, notamment de la durée de l'intervention et des éléments de sa rémunération, qu'en tout état de cause, il recevait ses contrats dans le délai de deux jours, qu'il a signé l'ensemble des contrats à durée déterminée de sorte que l'éventuelle irrégularité de forme serait couverte par la novation et qu'enfin, Monsieur [X] ne peut prétendre avoir occupé un emploi permanent relevant de l'activité normale de la société alors qu'il est établi qu'il n'a été sollicité que pour des interventions ponctuelles n'excédant pas quelques jours par mois et représentant au total 10 mois d'activité sur une période de 52 mois. Aux termes de l'article L. 1242-13 du code du travail, le contrat de travail est transmis au salarié, au plus tard, dans les deux jours ouvrables suivant l'embauche. La transmission tardive équivaut à une absence d'écrit qui entraîne la requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée. En cas de contestation, il appartient à l'employeur de rapporter la preuve qu'il a transmis le contrat dans le délai. En l'espèce, la société Ubiquus ne rapporte pas la preuve qui lui incombe de ce qu'elle a adressé au salarié ses contrats dans le délai de deux jours suivant l'embauche. Il résulte au contraire des pièces produites par Monsieur [X] qu'au moins jusqu'au mois d'avril 2009, la société Ubiquus n'établissait le contrat de travail qu'à l'issue de la mission, en même temps que le bulletin de paie ainsi qu'il résulte d'un mail du 27 avril 2009 (pièce 3 de l'appelant) intitulé «nouvelle procédure d'envoi des contrats de travail» spécifiant «désormais, vous recevrez vos contrats au plus tard dans les deux jours suivant la mission et non plus avec les bulletins de paie». Aucune preuve de la remise du contrat dans le délai de deux jours n'est rapportée par la société Ubiquus pour la période postérieure au mois d'avril 2009, la fiche de mission préalable à la signature du contrat ne se substituant pas au document contractuel. Par ailleurs, il apparaît que jusqu'au mois de septembre 2005, la société Ubiquus a mentionné dans le contrat qu'il était conclu dans le cadre d'un contrat d'usage alors que l'activité de la société ne relève pas d'un secteur d'activité défini par décret ou convention collective dans lequel il est d'usage de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois. Enfin, il est établi que Monsieur [X] a été employé sans discontinuer depuis le 29 novembre 2002 jusqu'au 24 janvier 2013, tous les mois hors périodes de congés payés. La société Ubiquus justifie le recours au contrat à durée déterminée par le fait qu'elle est soumise à des pics d'activité ponctuels les mardis, jeudis et les fins de semaine qui correspondent aux jours d'activité les plus importants de ses clients. Cependant, le fait que la demande des clients soit plus importante certains jours de la semaine ne permet pas de justifier d'un accroissement temporaire d'activité mais procède de l'activité normale et permanente de l'entreprise et d'un choix de gestion qu'elle expliquait lors d'une réunion du comité d'entreprise du 18 juillet 2008 (pièce 18 de l'appelant) en indiquant que le système mis en place - à savoir la répartition de l'activité entre 80% de rédacteurs permanents et 20% de rédacteurs non-permanents - permettait de faire face à des pics d'activité très importants tout en maîtrisant les coûts fixes. Pour l'ensemble de ces raisons, il y a lieu de requalifier les contrats à durée déterminée en contrat à durée indéterminée à compter du 26 novembre 2002 et d'infirmier le jugement de ce chef » ;

1. ALORS QU'aux termes de l'article L. 1471-1 du code du travail dans sa rédaction applicable au litige, toute action portant sur l'exécution ou la rupture du contrat de travail se prescrit par deux ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit ; qu'il en résulte que le délai de prescription

d'une action en requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée fondée sur la méconnaissance d'une règle relative à la remise du contrat ou à la licéité de son motif court à compter de la conclusion de ce contrat ; que, pour dire non prescrite la demande en requalification du salarié et condamner l'exposante au paiement de diverses sommes, la cour d'appel, après s'être fondée sur les dispositions de l'article 2224 du code civil dans sa rédaction issue de la loi du 17 juin 2008, a retenu qu'en cas de succession de contrats à durée déterminée, le délai de prescription ne court qu'à compter du terme du dernier contrat irrégulier et qu'en l'espèce, le dernier contrat remontant au 24 janvier 2013, l'action de Monsieur [X], engagée le 18 septembre suivant, n'était pas prescrite ; que, pour procéder ensuite à la requalification du contrat, la cour d'appel a retenu que depuis le début de la relation contractuelle remontant au 26 novembre 2002, le délai de remise du contrat prescrit par l'article L. 1242-13 du code du travail n'avait pas été respecté et qu'il apparaissait que jusqu'au mois de septembre 2005, il avait été mentionné aux contrats qu'ils étaient conclus dans le cadre de contrats d'usage, la société ne relevant toutefois pas de l'un des secteurs d'activité autorisant le recours à ce type de contrat ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui s'est fondée sur la prescription quinquennale des salaires ne s'appliquant pas à l'action en requalification et qui, de plus, a fait débiter le délai de prescription au dernier contrat signé, quand le salarié connaissait ou aurait dû connaître dès la date de signature des contrats concernés les irrégularités retenues au soutien de la requalification, a violé l'article L. 1471-1 du code du travail dans sa rédaction issue de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, ensemble l'article 2224 du code civil dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 ;

2. ALORS QUE l'accroissement temporaire d'activité permettant le recours au contrat à durée déterminée peut résulter de variations cycliques de production sans qu'il soit nécessaire, ni que cet accroissement présente un caractère exceptionnel, ni que le salarié recruté soit affecté à la réalisation même de ces tâches ; que, pour procéder à la requalification des contrats à durée déterminée de Monsieur [X], la cour d'appel a aussi retenu que « la société UBIQUS justifie le recours au contrat à durée déterminée par le fait qu'elle est soumise à des pics d'activité ponctuels les mardis, jeudis et les fins de semaines qui correspondent aux jours d'activité les plus importants de ses clients ; que le fait que la demande des clients soit plus importante certains jours de la semaine ne permet pas de justifier d'un accroissement temporaire d'activité mais procède de l'activité normale et permanente de l'entreprise et d'un choix de gestion qu'elle expliquait lors d'une réunion du comité d'entreprise (...) en indiquant que le système mis en place - à savoir la répartition de l'activité entre 80% de rédacteurs permanents et 20% de rédacteurs non-permanents - permettait de faire face à des pics d'activité très importants tout en maîtrisant les coûts fixes » ; qu'en statuant ainsi, quand l'existence de pics d'activité caractérise l'accroissement temporaire d'activité et que la répartition de l'activité entre différentes catégories de salariés, afin de pouvoir gérer ces pics, n'est nullement de nature à exclure le recours au contrat à durée déterminée pour un tel motif, la cour d'appel a violé les articles L. 1242-2 et L. 1245-1 du code du travail, dans leur rédaction alors applicable.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (EVENTUEL)

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR déclaré recevables les demandes de Monsieur [X] et d'AVOIR condamné la société UBIQUS à payer à Monsieur [X] les sommes de 8.800,92 ? à titre de rappel de salaire, et 880,09 ? au titre des congés payés afférents ;

AUX MOTIFS QUE « (...) la société Ubiquis oppose aux demandes antérieures au 24 janvier 2010 la prescription triennale de l'article L. 3245-1 du code du travail (...). Aux termes de l'article 21 de la loi du 14 juin 2013, les dispositions réduisant les délais de prescription s'appliquent à celles qui sont en cours à compter de la promulgation de la loi, soit le 17 juin 2013, sans que la durée totale de la prescription puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure, soit en l'espèce 5 ans. Monsieur [X] ayant saisi le conseil de prud'hommes le 18 septembre 2013 est recevable en ses demandes à compter du 18 septembre 2008 » ;

ALORS QUE l'article L.3245-1 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 entrée en vigueur le 16 juin 2013, dispose que "l'action en paiement ou en répétition du salaire se prescrit par trois ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ; la demande peut porter sur les sommes dues au titre des trois dernières années à compter de ce jour ou, lorsque le contrat de travail est rompu, sur les sommes dues au titre des trois années précédant la rupture du contrat » ; qu'en application de l'article 21-V de la loi n°2013-504 du 14 juin 2013, les dispositions précitées s'appliquent aux prescriptions en cours à compter de la date de promulgation de la loi, sans que la durée totale de la prescription puisse excéder la durée prévue par la loi

antérieure ; qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions que, même lorsque la prescription est en cours lorsque l'action est intentée, les sommes susceptibles d'être réclamées sont limitées aux trois années précédant la rupture du contrat ; que, pour écarter la prescription invoquée par l'exposante, la cour d'appel a considéré qu'en application des dispositions transitoires issues de l'article 21 de la loi du 14 juin 2013, le salarié, qui avait saisi la juridiction prud'homale le 18 septembre 2013, était recevable en ses demandes à compter du 18 septembre 2008 ; qu'en statuant ainsi, quand elle avait retenu que le contrat à durée déterminée issu de la requalification des contrats à durée déterminée avait été rompu par l'échéance du terme du dernier de ces contrats, intervenu le 24 janvier 2013, la cour d'appel a violé l'article L. 3245-1 du code du travail dans sa rédaction issue de la loi n°2013-504 du 14 juin 2013, ensemble l'article 21-V de ladite loi.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (EVENTUEL)

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué, d'AVOIR condamné la société UBIQUS à payer à Monsieur [X] les sommes de 8.800,92 ? à titre de rappel de salaire, et 880,09 ? au titre des congés payés afférents ;

AUX MOTIFS QU'« (...) il est établi que Monsieur [X] qui n'avait pas d'autre employeur sur la période considérée de 2008 à 2013 que la société Ubiquis - ainsi qu'en attestent son relevé de carrière du régime général de sécurité sociale (sa pièce 23) et ses avis d'imposition-se tenait à la disposition permanente de cette dernière ainsi qu'il résulte de la production de 56 fiches de mission (pièce 9) établissant que ces missions lui étaient confiées le jour même (par exemple, le 27 janvier 2012 à 10h52 pour une mission le même jour à 15 heures) ou tout au plus avec un délai de prévenance de deux jours. Le fait que Monsieur [X] ait refusé très exceptionnellement une mission -seuls deux exemples d'un tel refus étant produits- ne démontre pas qu'il n'était pas à la disposition de l'employeur ; Monsieur [X] est donc bien-fondé en sa demande de rappel de salaire pour les périodes interstitielles (...). Au vu des périodes non travaillées, la cour est en mesure d'allouer à Monsieur [X] un rappel de salaire d'un montant de 8.800,92 ? outre 880,09 ? au titre des congés payés afférents » ;

ALORS QU'il incombe au salarié, qui sollicite des rappels de salaires au titre des périodes non travaillées entre des contrats à durée déterminée non successifs requalifiés en contrat à durée indéterminée, d'établir qu'il s'est tenu à la disposition de l'employeur au cours desdites périodes ; que, pour condamner l'exposante à payer à Monsieur [X] un rappel de salaire à ce titre, la cour d'appel a retenu que « Monsieur [X], qui n'avait pas d'autre employeur sur la période considérée (...), se tenait à la disposition permanente de [la société UBIQUS] ainsi qu'il résulte de la production de 56 fiches de mission (pièce 9) établissant que ces missions lui étaient confiées le jour même (...) ou tout au plus avec un délai de prévenance de deux jours » et que « le fait que Monsieur [X] ait refusé très exceptionnellement une mission (...) ne démontre pas qu'il n'était pas à la disposition de l'employeur » ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui s'est fondée sur des motifs impropres à caractériser que Monsieur [X] s'était tenu à la disposition de l'exposante durant les périodes séparant les contrats à durée déterminée, et a requis de celle-ci qu'elle apporte la preuve contraire, a violé les articles L. 1245-1 et L. 1245-2 alors applicables du code du travail, ensemble les articles 1134 dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 et 1315, devenu 1353 du code civil.