COUR DE CASSATION

AVIS DE M. HALEM,
AVOCAT GÉNÉRAL RÉFÉRENDAIRE

Arrêt n° 130 du 8 février 2023 – Chambre sociale

Pourvoi n° 21-16.824

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris du 24 mars 2021

Mme [H] [I]
C/
la société France télévisions

_____

Mme [I] (ci-après "la salariée") a été engagée par la société France Télévisons (ci-après "l'employeur") à compter du 22 juillet 2005 dans le cadre de plusieurs contrats de travail à durée déterminée (ci-après "CDD").

Le 22 septembre 2017, elle a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée (ci-après "CDI") et en paiement de diverses sommes.

Par jugement du 15 novembre 2018, le conseil de prud'homme de Paris l'a déboutée de ses demandes.

Par arrêt du 24 mars 2021, la cour d'appel de Paris a confirmé le jugement en ce qu'il avait débouté la salariée de sa demande au titre de la discrimination et, l'infirmant pour le surplus, a requalifié la relation de travail en CDI à compter du 22 juillet 2005, ordonné l'intégration de la salariée avec reprise d'ancienneté à cette date, fixé la rémunération contractuelle à 2 215,89 euros, condamné l'employeur au paiement de 1 618,16 euros à titre d'indemnité de requalification, débouté la salariée de ses demandes de rappel de salaire pour les périodes interstitielles et de dommages-intérêts pour manquement de l'employeur à son obligation de sécurité.

L'employeur a formé un pourvoi en cassation le 18 mai 2021.

DISCUSSION

Le pourvoi invoque **deux moyens** de cassation : **-** l'indemnité de requalification de CDD en CDI ne peut être inférieure au dernier salaire mensuel complet perçu avant saisine de la juridiction prud'homale ; la fixation de l'indemnité de requalification en fonction de la rémunération mensuelle moyenne perçue en 2020, alors que la dernière rémunération mensuelle versée, qui correspondait à un temps complet à un taux horaire de 14,61 euros, s'élevait à 2215,89 euros, viole l'article L. 1245-2 du code du travail ;

- pour apprécier l'existence d'une discrimination, le juge doit examiner les faits invoqués dans leur ensemble et, lorsque celle-ci est établie, si l'employeur les justifie par des éléments objectifs ; en s'abstenant d'une appréciation d'ensemble des faits présentés, notamment de la mise à l'écart de plusieurs candidatures et du plafonnement des jours travaillés, la cour d'appel a violé les articles L. 1132-1 et L. 1134-1 du code du travail.

S'agissant du premier moyen, le *mémoire ampliatif* soutient que l'indemnité de requalification doit être assise sur le dernier salaire mensuel perçu, c'est-à-dire en l'espèce sur le salaire mensuel d'un travailleur permanent à temps complet de 2215,89 euros, retenu par la cour d'appel après requalification. Sa fixation à partir de la rémunération mensuelle moyenne perçue en 2020 à hauteur de 1618,16 euros justifie donc la censure.

Le *mémoire en défense*, en excipant de l'irrecevabilité du moyen pour cause de nouveauté, répond que l'indemnité de requalification est, pour les salariés ayant eu une activité intermittente, calculée selon la dernière moyenne de salaire mensuel même si elle est moins favorable que le dernier mois de salaire perçu, ce qu'a fait la cour d'appel à partir de la rémunération mensuelle brute moyenne de 1618,16 euros perçue par la salariée en 2020.

Le moyen soulève donc la question suivante : **le mois de salaire à partir duquel doit être calculée l'indemnité de requalification de CDD en CDI minimum due en application de l'article L. 1245-2 du code du travail correspond-il au dernier salaire mensuel perçu par le salarié avant la saisine de la juridiction ou bien à la dernière moyenne de salaire mensuel ?**

Il doit être relevé que le moyen retient la méthode du dernier salaire mensuel perçu avant saisine de la juridiction et invoque l'assiette du salaire dû après requalification[1]. Au-delà de l'arbitrage entre les deux méthodes est donc posée la question du salaire de référence (effectivement perçu ou dû) et de la période à retenir (un mois de salaire ou au-delà) pour calculer le montant du plancher légal d'"*un mois de salaire*" de l'indemnité de requalification.

[1] Le mémoire ampliatif estime que la cour d'appel aurait dû retenir comme base de calcul du salaire de référence un taux horaire de 14,61 euros, correspondant au taux horaire de 20,87 euros perçu par la salariée en qualité d'intermittente, après déduction de la majoration de 30 % destinée à compenser les sujétions liées à l'exercice des missions par intermittence (p. 6 du mémoire, se référant à l'arrêt attaqué, p. 6, § 2 à 5). Ce nouveau taux de 14,61 euros, purgé des avantages salariaux attachés à l'intermittence, correspond donc au salaire dû à la salariée après la requalification au titre du salariat permanent sous CDI, non au salaire effectivement perçu au titre de ses CDD.

Le second moyen, qui allègue une insuffisante prise en compte par les juges du fond de l'ensemble des éléments de fait pouvant caractériser une discrimination, ne soulève pas de question de principe nouvelle au regard de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation.

Si l'exception d'irrecevabilité tirée de la nouveauté premier moyen, non établie, ne peut être accueillie (**I**), la juste application par la cour d'appel des règles de calcul de l'indemnité de requalification minimum (**II** - moyen 1) et de preuve de l'existence d'une discrimination (**III** - moyen 2) justifient le rejet du pourvoi.

I - Sur l'exception d'irrecevabilité du premier moyen

Aux termes du premier alinéa de l'article 619 du code de procédure civile, "*Les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la Cour de cassation*".

Il en résulte qu'un moyen de cassation est irrecevable lorsqu'il est contraire à ceux qui ont été soutenus dans les conclusions d'appel du demandeur au pourvoi (Civ 1ère, 28 mars 2006, n° 03-10.072 ; Soc, 21 novembre 2007, n° 06-40.489 ; Civ. 2ème, 23 octobre 2008, n° 07-15.769).

En l'espèce, le *mémoire en défense* soutient que la salariée sollicitait devant les juges du fond la fixation du salaire de référence à la somme de 3181 euros et rejetait toute référence au salaire réellement perçu. La cour d'appel s'étant fondée sur le taux horaire de base effectivement versé, la salariée ne peut sans se contredire contester un tel calcul à hauteur de cassation, alors de surcroît qu'elle réclamait une indemnité de 10 000 euros sans en préciser le minimum.

Cependant, si la salariée a mentionné dans ses conclusions d'appel un salaire de référence de 3181 euros bruts mensuels, correspondant à un salaire à temps complet pour le même emploi dans l'entreprise (p. 37-38 des conclusions d'appel), elle **s'est bornée**, en ce qui concerne l'indemnité de requalification, **à solliciter une somme de 10 000 euros sans en préciser la base de calcul** (p. 38-39 des conclusions d'appel), ce qui exclut toute contradiction.

Le fait qu'elle n'ait pas répondu à la proposition de l'employeur d'appliquer un seuil minimum de 828 euros au calcul de cette indemnité ne suffit pas davantage à conférer un caractère de nouveauté au moyen développé sur ce point à hauteur de cassation, dans la mesure où **n'était invoquée** devant la cour d'appel **aucun salaire de référence en lien avec la somme forfaitaire réclamée**.

L'existence d'un moyen nouveau ou incompatible avec la thèse soutenue devant la cour d'appel n'étant pas établie, il y a donc lieu de **rejeter l'exception d'irrecevabilité** du premier moyen soulevée.

II - Sur l'assiette de calcul de l'indemnité de requalification (moyen 1)

Le montant minimum de l'indemnité de requalification, qui a le caractère de dommages-intérêts (1), peut être calculé à partir du dernier salaire mensuel perçu ou de la dernière moyenne de salaire mensuel en fonction du caractère permanent ou intermittent de l'emploi en cause (2), ce que la cour d'appel a régulièrement appliqué en l'espèce (3).

1. L'indemnité de requalification, qui a le caractère de dommages-intérêts (1.1)**, répare le préjudice lié à la soumission irrégulière au statut précaire du CDD** (1.2) **selon un régime protecteur du salarié** (1.3)**.**

1.1. Introduite par la loi n° 90-613 du 12 juillet 1990 favorisant la stabilité de l'emploi par l'adaptation du régime des contrats précaires, l'indemnité plancher due au salarié en cas de requalification d'un CDD en CDI **s'inscrit à l'origine dans le cadre du choix par le législateur d'une procédure accélérée devant le conseil de prud'hommes** en préservant l'existence de la conciliation préalable[2], dans un contexte de développement de l'emploi précaire[3].

[2] Voir le rapport n° 382 (1989-1990) de la sénatrice Mme Hélène Missoffe, déposé le 13 juin 1990, p. 56-57 : "*La procédure adoptée par l'Assemblée nationale prend certes en considération le fait que les contrats à durée déterminée sont souvent relativement brefs et qu'il est souhaitable de statuer rapidement sur leur qualification*.

Le rapporteur à l'Assemblée nationale a indiqué que ce type de procédure devant les prud'hommes pouvait durer entre huit à dix mois et trois ans si l'appel est interjeté.

Le recours au référé a été écarté du fait du caractère exécutoire moins fort d'une décision de référé et parce que le juge devrait se déclarer incompétent dans trop de cas.

Votre commission, pour sa part, regrette que la procédure d'exécution proposée supprime l'étape de la conciliation qui permet souvent de faire l'économie d'une véritable procédure.

Les partenaires sociaux sont très attachés à cette étape.

Tout en notant la nécessité d'intervenir vite, votre commission a souhaité conserver la possibilité d'une conciliation qui peut elle-même être accélérée.

C'est pourquoi votre commission a adopté un amendement tendant à étendre à la requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée la procédure prévue à l'article L. 516-5 du code du travail qui s'applique déjà aux licenciements pour motif économique.

Il s'agit là d'une procédure d'urgence qui organise une conciliation dans le délai d'un mois maximum après la saisine du conseil de prud'hommes conformément à l'article R. 516-46 du code du travail".

[3] Voir rapport n° 427 (1989-1990) de la sénatrice Mme Hélène Missoffe et du député M. Alain Vidalies au nom de la commission mixte paritaire, déposé le 26 juin 1990, p. 4 et 5 : "*Mme Hélène Missoffe a ensuite indique deux autres points de divergence, le premier concernant l'institution d'une procédure dérogatoire devant les conseils de prud'hommes pour statuer sur les demandes de requalification des contrats a durée déterminée en contrats a durée indéterminée, le Sénat ayant souhaité une phase de conciliation, le second concernant le droit conféré aux syndicats représentatifs d'ester en justice pour des litiges individuels sans mandat exprès du salarié.*

M. Alain Vidalies a tout d'abord souligné que les approches des deux assemblées avaient été dès l'origine tout a fait différentes. Si l'Assemblée nationale n'a pas voulu remettre en cause les modes d'emploi liés aux contrats à durée déterminée ou aux missions temporaires compte tenu des besoins des entreprises, elle n'en a pas moins noté que ces formes d'emploi avaient connu une progression considérable (...).

Par ailleurs, M. Alain Vidalies a rappelé les modes de gestion tendus des effectifs des entreprises françaises et les a comparés à ceux en vigueur en République Fédérale d'Allemagne où la priorité est donnée à la flexibilité interne, même si une législation souple aurait pu favoriser le recours aux emplois précaires (...).

Le recours accru à ces formes de travail a des conséquences sur les accidents du travail. Les statistiques de la caisse nationale d'assurance maladie indiquent que pour la première lois depuis cinq ou six ans le taux des accidents du travail a augmenté et que les intérimaires sont les travailleurs les plus touchés, ce qui rend nécessaire l'intervention du législateur pour introduire des dispositions plus protectrices".

Dans cette démarche, cette loi a instauré le **principe d'une indemnité plancher équivalant à un mois de salaire**, également suivi en matière de travail temporaire[4], figurant à l'actuel article L. 1245-2 du code du travail[5] :

"*Lorsque le conseil de prud'hommes est saisi d'une demande de requalification d'un contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, l'affaire est directement portée devant le bureau de jugement qui statue au fond dans un délai d'un mois suivant sa saisine.*

Lorsque le conseil de prud'hommes fait droit à la demande du salarié, il lui accorde une indemnité, à la charge de l'employeur, ne pouvant être inférieure à un mois de salaire. Cette disposition s'applique sans préjudice de l'application des dispositions du titre III du présent livre relatives aux règles de rupture du contrat de travail à durée indéterminée".

1.2. Si le caractère de sanction de la requalification est assez largement admis[6], tel n'est pas le cas de **l'indemnité** qui en résulte, ayant **vocation à réparer le préjudice attaché à l'irrégularité du recours au CDD**.

L'effet dissuasif du recours au travail précaire attaché à son régime[7] ne saurait en effet masquer son caractère indemnitaire, révélé notamment par son **octroi quel que soit le**

---

[4] L'article L. 1251-14 du code du travail, qui reprend l'ancien article L.124-7-1 du même code, issu de la loi n° 90-613 du 12 juillet 1990 relative aux contrats précaires, comporte une disposition identique selon laquelle : "*Lorsque le conseil de prud'hommes est saisi d'une demande de requalification d'un contrat de mission en contrat de travail à durée indéterminée, l'affaire est directement portée devant le bureau de jugement qui statue au fond dans le délai d'un mois suivant sa saisine.*

Si le conseil de prud'hommes fait droit à la demande du salarié, il lui accorde une indemnité, à la charge de l'entreprise utilisatrice, ne pouvant être inférieure à un mois de salaire. Cette disposition s'applique sans préjudice de l'application des dispositions du titre III du présent livre relatives aux règles de rupture du contrat de travail à durée indéterminée".

[5] L'ancien article L. 122-3-13 du code du travail, dans sa formulation originelle issue de la loi n° 90-613 du 12 juillet 1990, énonçait en des termes similaires : "*Tout contrat conclu en méconnaissance des dispositions des articles L. 122-1, L. 122-1-1, L. 122-1-2, L. 122-2, L. 122-3, L. 122-3-1, alinéa premier, L. 122-3-10, alinéa premier, L. 122-3-11 et L. 122-3-12 est réputé à durée indéterminée.*

Lorsqu'un conseil de prud'hommes est saisi d'une demande de requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, l'affaire est portée directement devant le bureau de jugement qui doit statuer au fond dans le délai d'un mois suivant sa saisine. La décision du conseil de prud'hommes est exécutoire de droit à titre provisoire. Si le tribunal fait droit à la demande du salarié, il doit lui accorder, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire, sans préjudice de l'application des dispositions de la section II du chapitre II du titre II du livre Ier du présent code".

[6] La requalification peut en effet se définir comme "*l'attribution à un acte juridique, à titre de sanction de la violation d'une règle de droit, d'une qualification qui ne correspond à ses caractéristiques intrinsèques*" (G. Couturier, cité par Y. Pagnerre, *La requalification de l'acte*, dans *La sanction en droit du travail*, colloque sous la direction de B. Teyssié, éd. Panthéon Assas, n° 255).

[7] Voir en ce sens Y. Pagnerre, op. cit., n° 331 : "*Selon nous, cette somme est une "peine privée" indépendante du préjudice subi ; s'agissant de dommages-intérêts punitifs, est inapplicable le principe indemnitaire postulant que le montant de la réparation ne varie pas en fonction de la gravité des fautes*". Voir également D. Baugard, *La sanction de requalification en droit du travail*, thèse, IRJS, n° 868 : "*Le caractère punitif de l'indemnité de requalification est particulièrement illustré par le fait que son octroi est automatique, comme cela ressort d'ailleurs avec évidence des textes (...). La Cour de cassation, jugée désireuse "d'user de la requalification et de la sanction spécifique qui l'accompagne comme d'une arme dissuasive à l'égard des contrats précaires", a d'ailleurs énoncé qu'elle devait être prononcée alors même qu'elle intervenait à la suite de la demande de l'AGS (...) et énonce que son octroi n'est pas subordonné à la mise en oeuvre préalable de la procédure de saisine directe du bureau de jugement qui trouve à s'appliquer en la matière. La*

nombre de violations commises par l'employeur, son caractère de **plancher pouvant être dépassé en fonction du dommage effectivement subi** par le salarié[8] et sa **large assiette**[9].

Le fait générateur du droit au paiement de cette somme **naît, en cas de succession d'employeurs, au jour de la conclusion du CDD** en méconnaissance des exigences légales et pèse sur l'employeur l'ayant conclu (Soc, 7 novembre 2006, n° 05-41.723 ; Soc, 30 novembre 2010, n° 09-65.465)[10]. L'action en paiement de l'indemnité ne présente pas de caractère salarial et sa prescription ne peut être contractuellement aménagée (Soc, 22 novembre 2017, n° 16-16.561).

Ayant le caractère de dommages-intérêts, l'indemnité de requalification n'est **pas soumise aux charges sociales et fiscales** (Circulaire DRT n° 92-14 du 29 août 1992, V, n° 75).

Comme le résume ainsi un auteur : "*Il s'agit d'une indemnité minimale, allouée au salarié dont le contrat est requalifié à titre de sanction du comportement de l'employeur. Le juge peut toujours allouer une indemnité d'un montant supérieur s'il estime que le préjudice subi par le salarié le justifie. Cette indemnité, qui a les caractères de dommages et intérêts, se cumule avec les indemnités de préavis, de licenciement et éventuellement de rupture injustifiée liées à la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée*"[11].

1.3. Au-delà de l'existence même du plancher légal, l'octroi de l'indemnité de requalification obéit, compte tenu de sa nature indemnitaire, à un **régime procédural protecteur des intérêts du salarié**.

---

*sanction est encourue même si le salarié a été embauch*é en contrat à durée indéterminée après l'échéance du terme, ce qui manifeste encore la sévérité de la jurisprudence en la matière".

[8] Voir le rapport d'A. Martinel sur Cass, avis, 24 janvier 2005, n° 04-00.004, Bulletin de droit du travail, premier trimestre 2015, p. 21 : "*Il ne pouvait en être de même s'agissant de l'indemnité de requalification pour laquelle la loi a fixé un seuil minimum, laissant par là-même le soin au juge d'apprécier le montant alloué au salarié en fonction du préjudice subi par ce dernier. De ce point de vue, on peut dire que l'indemnité de requalication se rapproche davantage de l'indemnité pour non respect de la procédure prévue en matière de licenciement. Dotée d'un seuil maximum d'un mois, cette indemnité est octroyée en fonction du préjudice subi par le salarié, peu important que l'employeur ait commis une ou plusieurs violations de la procédure de licenciement. Et l'office du juge, dans ces deux situations, se limite à une évaluation du préjudice du salarié, laquelle ne dépend pas forcément du nombre de violations commises*".

[9] Voir en ce sens le commentaire de J. Icard sur Soc, 3 mai 2016, n° 14-29.739 ("*L'indemnité de requalification prévue par l'article L. 1251-41 du code du travail doit être calculée, non seulement sur le salaire de base, mais également sur les accessoires du salaire*" - sommaire), Les Cahiers Sociaux n° 287, p. 360 : "*S'agit-il donc de punir l'employeur responsable d'une irrégularité originelle ou d'indemniser le salarié du préjudice né de l'irrégularité de la situation contractuelle ? Dans le premier cas, la précision issue de cet arrêt serait inutile, ce qui incline à penser que l'indemnité de requalification serait finalement plus indemnitaire que punitive, la Cour exerçant une forme de contrôle sur la détermination du montant de l'indemnité*".

[10] Toutefois, cette circonstance ne fait pas obstacle à l'application de l'article L. 1224-2 du code du travail en vertu duquel, sauf dans certains cas, le nouvel employeur est tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, aux obligations qui incombaient à l'ancien employeur à la date de la modification (Soc, 16 mars 2011, n° 09-69.945).

[11] C. Hablot, Rép. de droit du travail Dalloz, *Contrat à durée déterminée*, n° 526.

Ainsi, en cas de contrats successifs, **le salarié a droit** pour toute la période, **même en cas de relation contractuelle discontinue, à une seule indemnité** (Cass, avis, 24 janvier 2005, n° 04-00.004 ; Soc, 30 mars 2005, n° 02-45.410 ; Soc, 27 février 2007, n° 05-43.536[12]), y compris en cas de poursuite après l'échéance du terme ou de conclusion d'un CDI (Soc, 19 février 2014, n° 12-24.929 ; Soc, 29 juin 2011, n° 10-12.884), laquelle lui est **accordée d'office** (Soc, 16 septembre 2009, n° 07-45.613; Soc, 29 septembre 2004, n° 02-40.927 ; Soc, 28 novembre 2000, n° 98-42.999 ; Soc, 19 janvier 1999, n° 96-44.954).

Elle **doit prendre en compte les accessoires du salaire** auxquels le salarié peut prétendre (Soc, 3 mai 2016, n° 14-29.739 ; Soc, 30 mai 2007, n° 05-43.041) et il doit être tenu compte des **heures supplémentaires accomplies** par celui-ci (Soc, 10 juin 2003, n° 01-40.779). Elle est **cumulable** avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse en cas de rupture du CDI (Soc, 10 juin 2003, n° 01-40.808 ; Soc, 7 janvier 1998, n° 95-43.808), les rappels de salaire (Soc, 30 novembre 2010, n° 90-40.160 ; Soc, 8 juillet 2003, n° 02-45.092) et l'indemnité de précarité (Soc, 21 septembre 2017, n° 16-17.241 ; Soc, 3 octobre 2007, n° 05-44.958[13]).

Enfin, le montant du rappel de salaire dû au titre des périodes interstitielles, dont dépend l'indemnité de requalification, doit retenir pour base de calcul la **réalité de la situation de chaque période interstitielle telle que résultant de chacun des CDD** l'ayant précédée, non la durée moyenne mensuelle de travail obtenue par l'addition des durées des CDD exécutés rapportée au mois (Soc, 2 juin 2021, n° 19-16.183)[14].

2. Le **plancher légal** d'un mois de salaire, **au moins égal au dernier salaire mensuel perçu** avant la saisine du juge (2.1), peut **également** être calculé selon la **dernière moyenne de salaire mensuel en cas de relation de travail intermittente** (2.2 et 2.4), et en toute hypothèse sur les **salaires effectivement perçus** sur une **période appréciée** par les **juges du fond** (2.3).

2.1. Pour calculer le montant minimum d'"*un mois de salaire*" visé à l'article L. 1245-2 du code du travail, **la Cour de cassation a successivement appliqué deux méthodes**.

Dans un premier temps, elle a en effet énoncé que ce plancher correspondait "***au dernier salaire mensuel perçu par le salarié avant la saisine de la juridiction prud'homale***" (Soc, 17 juin 2005, n° 03-44.900), qui peut notamment être la

---

[12] La solution est identique en matière de contrat de travail temporaire : Soc, 13 avril 2005, n° 03-44.996 ; Soc, 10 mai 2012, n° 10-23.514.

[13] Toutefois, l'indemnité de précarité ne doit pas être intégrée dans le calcul des salaires moyens versés en raison de l'emploi de l'intéressé, servant de base au calcul de l'indemnité de requalification : Soc, 18 décembre 2013, n° 12-15.454.

[14] Dans sa lettre n° 10 - mai/juin/juillet 2021 (Contrat de travail, durée déterminée, p. 2), la Cour de cassation, commentant cette décision, établit un lien entre l'indemnité de requalification et les salaires dus au titre de l'exécution du contrat de travail : "*La chambre sociale précise d'abord les modalités de calcul du montant du rappel de salaire au titre des périodes interstitielles, lorsque le juge requalifie des contrats à durée déterminée, d'une durée d'un ou plusieurs jours inférieure à la semaine, en un contrat à durée indéterminée. Ce mode de calcul emporte des conséquences sur le calcul de l'indemnité de requalification et des indemnités de rupture puisque ces indemnités dépendent des salaires dus au titre de l'exécution du contrat de travail.*

La base de calcul du montant du rappel de salaire au titre des périodes interstitielles doit correspondre à la réalité de la situation du salarié au titre de chaque période interstitielle, telle qu'elle résulte de chacun des contrats à durée déterminée l'ayant précédée".

rémunération perçue par le salarié "*pendant le mois précédant la rupture*" (Soc, 17 mars 2010, n° 09-40.266). Un auteur précise que cette référence vaut "*(...) quand bien même plusieurs années se seraient écoulées avant que le salarié désormais titulaire d'un contrat à durée indéterminée demande la requalification du contrat objet du litige*"[15]. Dans ce cas, c'est le dernier salaire perçu au cours du CDI avant saisine du juge qui sert de référence pour le calcul de l'indemnité de requalification[16].

En outre, il convient de retenir le salaire reçu **au sein de l'entreprise ayant conclu le CDD** (Soc, 26 avril 2017, n° 15-26.817), de sorte que si entre la fin de ce CDD et la saisine du tribunal, le salarié a travaillé pour une autre société du même groupe, le salaire versé par cette dernière n'a pas à être pris en compte.

Dans un second temps, dans le **cas de relations de travail intermittentes**, il a été précisé que le montant minimum de l'indemnité de requalification est calculé "*selon la **dernière moyenne de salaire mensuel***" (Soc, 19 octobre 2011, n° 10-17.337 ; Soc, 20 novembre 2013, n° 12-25.459).

Cette autre méthode s'est accompagnée d'un **renforcement du contrôle de la Cour de cassation sur les modalités de calcul d'une telle moyenne par les juges du fond**. Afin de permettre à celle-ci d'exercer son contrôle, ils doivent ainsi "*constater la moyenne de salaire mensuel effective du salarié*" (Soc, 6 octobre 2016, n° 15-21.267), si nécessaire en recherchant pourquoi la dernière moyenne de salaire mensuel résultant de l'examen des bulletins de salaire ne s'élèverait pas à un montant supérieur à celui indiqué par la société (Soc, 17 février 2021, n° 18-15.972).

La chambre sociale a également censuré la fixation d'une indemnité de requalification très inférieure à la "*moyenne des trois derniers mois de salaire mensuel brut*" retenue par la cour d'appel (Soc, 22 octobre 2008, n° 06-42.767) ainsi que la non prise en compte d'une nouvelle classification des fonctions exercées par le salarié et de la réévaluation du salaire qui s'ensuit (Soc, 26 avril 2017, n° 15-23.311).

2.2. Cette dualité s'apparente moins à un revirement de jurisprudence qu'à l'**application de méthodes de calcul alternatives** en fonction de la **nature de la relation de travail** et de sa rémunération.

Dans son rapport annuel 2005, commentant son arrêt du 17 juin 2005 précité ayant posé la **méthode du dernier salaire mensuel**, la Cour de cassation envisageait déjà la **possibilité d'une moyenne** en cas de **variations dans la rémunération** :

"*Le choix opéré par la chambre sociale s'explique avant tout par le souci de mettre en œuvre une solution claire et se rapprochant du calcul de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse égale aux salaires des six derniers mois, comme le prévoit l'article L. 122-14-4 du Code du travail. En cas de salaire comportant des variations mensuelles, il y aura lieu de faire une moyenne sur les six derniers mois pour déterminer le salaire de référence*" (p. 226).

[15] C. Hablot, op. cit., n° 527.

[16] Voir en ce sens F. Bousez, *Salaire de référence et calcul de l'indemnité de requalification : une véritable clarification ?*, commentaire sur Soc, 26 avril 2017, n° 15-26.817.

Le **critère du caractère permanent ou intermittent** de la relation de travail[17] suivi en jurisprudence pour appliquer ces deux méthodes est de plus **pertinent pour fixer une base de calcul** suffisamment fiable et **représentative de la rémunération habituelle** du salarié chez le même employeur.

D'une part, en cas de **relation de travail permanente** caractérisée par une **rémunération stable**, **le dernier salaire mensuel constitue**, au regard de l'objectif de célérité poursuivi par la loi n° 90-613 du 12 juillet 1990, la base salariale la plus proche de la rupture[18] et donc **une référence plus simple** à utiliser en cas de relation contractuelle ancienne ou d'existence d'un grand nombre de CDD successifs à requalifier.

Du point de vue de la représentativité salariale, la **reconduction d'un CDD de longue durée** s'effectue dans la plupart des cas aux **conditions précédentes**, justifiant la pertinence de la référence au dernier salaire mensuel.

Il en va de même du **renouvellement de CDD continus inférieurs à un mois**, correspondant à des prestations de travail courtes de quelques jours, dans la mesure où les contrats inclus dans la **durée du dernier mois de salaire** constitueront un **panel représentatif** de la rémunération habituelle, même si d'autres CDD ont été effectués bien avant cette période.

D'autre part, une **relation de travail intermittente**, généralement associée à des variations de la rémunération, rend nécessaire le recours à la **dernière moyenne de salaire mensuel**.

Bien que plus complexe à manier que la première méthode, elle permet de faire prévaloir la **réalité de la relation de travail** sur le dernier salaire perçu lorsqu'il n'est pas représentatif de la rémunération habituelle, sujette à variations, ce **même si cette moyenne aboutit à un résultat moins favorable** pour le salarié[19].

La moyenne permet également de **lisser** le poids sur la rémunération d'éventuelles phases de **suspension du contrat de travail** ainsi que des **périodes interstitielles**.

---

[17] Plus que l'existence de variations de la rémunération en elles-mêmes, qui peuvent tenir à la nature de l'activité et aux stipulations du contrat de travail, notamment une clause de rémunération variable.

[18] Cette technique est également adoptée par d'autres dispositions du droit social. Par exemple : pour le calcul des indemnités journalières d'une personne en interruption de travail, en fonction du salaire des trois, six ou douze mois antérieurs (article R. 323-4 du code de la sécurité sociale) ; lors de la rupture de la relation de travail, le salarié dont l'employeur a dissimulé l'emploi a droit à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire (article L. 8223-1 du code du travail). Voir sur ce point S. Martin-Cuenot, *Salaire de référence pour la détermination de l'indemnité de requalification : "avantage dernier salaire" !*, Hebdo édition sociale n°174 du 30 juin 2005, qui parle d'"*approche particulièrement traditionnelle, proche d'un principe général*".

[19] Voir sur ce point et plus généralement sur le caractère alternatif des deux méthodes de calcul le Lamy social 2021, n° 1040, 2, "Remarques" : "*(...) aussi bien dans l'affaire jugée le 19 octobre 2011 que dans celle jugée le 20 novembre 2013, il s'agissait d'intermittents du spectacle, dont la rémunération connaissait des variations importantes. La Cour de cassation n'a pas fait prévaloir de principe de faveur, puisque dans l'arrêt 2011 la dernière moyenne de salaire aboutissait à une somme moins favorable que le dernier mois de salaire perçu, alors qu'en 2013 elle favorisait nettement le salarié. Ce n'est donc pas la solution la plus avantageuse qui est recherchée, mais la réalité de la rémunération perçue sur l'ensemble de la dernière relation de travail. Le dernier mois de salaire perçu devrait donc rester la règle quand le salaire est constant et ne connaît que des évolutions "normales". En cas de salaire "en dents de scie", on retiendra au contraire la moyenne des salaires mensuels perçus lors du dernier CDD*".

Elle permet de couvrir une période plus longue et d'inclure dans la base de calcul les **rémunérations conventionnelles supplémentaires** attachées à l'ancienneté.

Outre leur **utilisation alternative** en jurisprudence[20], la première en cas de relation de travail permanente caractérisée par une rémunération stable et la seconde en cas de relation intermittente caractérisée par une rémunération irrégulière, il s'agit donc bien de **méthodes de calcul pertinentes**.

Comme le résumait un auteur commentant le rapport annuel de la Cour de cassation précité :

"*La clarification et la simplification, soulignées par le rapport, viendraient de l'élaboration d'un* ***principe général "à double tiroir"****, en vertu duquel le salaire de référence pour le calcul des sommes dues au salarié est toujours le dernier salaire, sauf lorsque les sommes perçues mensuellement présentent un caractère variable, auquel cas, il convient d'effectuer la moyenne de salaires perçus sur les 6 derniers mois*"[21].

2.3. Compte tenu de la **variété des régimes contractuels** (2.3.1), l'indemnité de requalification minimum d'"*un mois de salaire*" doit, à l'exception des périodes interstitielles, être **assise sur les salaires effectivement perçus** (2.3.2) sur une **période appréciée par les juges du fond** en fonction de la réalité de la relation contractuelle, sous le **contrôle approfondi** de la Cour de cassation (2.3.3).

2.3.1. A titre liminaire, il convient de relever que **la définition du salaire et de la période pris en compte** pour calculer l'indemnité de requalification minimum doit couvrir des **situations contractuelles très différentes**, en raison de *deux facteurs*.

- 1) **Les variations de la durée de la relation de travail**

Un CDD unique peut correspondre à une durée supérieure à un mois, dans le cadre de laquelle le salarié effectue plusieurs prestations de travail de durée potentiellement inégale, ou bien au contraire à une durée inférieure à un mois, d'une ou plusieurs prestations d'une durée de quelques jours.

Une **pluralité de CDD** peut couvrir des contrats, intermittents ou successifs, de durée identique ou inégale, pouvant être aussi bien supérieure qu'inférieure au seuil d'un mois. Les parties peuvent également avoir décidé, après le dernier CDD mais avant la saisine du juge par le salarié, de conclure un CDI pour compenser la situation de précarité à laquelle celui-ci était exposé sur la période précédente.

[20] Il peut à cet égard être relevé la publication le même jour, le 26 avril 2017, de deux arrêts faisant application à deux situations différentes à la fois du critère du dernier salaire mensuel perçu avant la saisine de la juridiction (n° 15-26.817) et de celui de la dernière moyenne de salaire mensuel (n° 15-23.311).

[21] S. Martin-Cuenot, *La jurisprudence de la Cour de cassation rendue en 2005 à la lumière du rapport de la Cour de cassation : relations individuelles de travail (1ère partie)*, Hebdo édition sociale n° 218 du 8 juin 2006, bien que la "généralité" du principe doive être nuancée en ce qui concerne les indemnités autres que l'indemnité de requalification et, pour celle-ci, au regard de la suppression par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, sauf nullité du licenciement, du plancher de six mois de salaire en matière de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Voir également : M. Roussel, *Détermination du salaire pris en compte pour le calcul de l'indemnité de requalification* (commentaire sur Soc, 26 avril 2017, n° 15-26.817), Dalloz actualité du 24 mai 2017.

En cas de CDD intermittents, s'y ajoute la difficulté tenant à l'**existence de périodes interstitielles** dont le **salaire de référence**, permettant de calculer l'indemnité de requalification, est **fixé en fonction** de la réalité de la situation de chacune de ces périodes telle qu'elle résulte **de chacun des CDD** l'ayant précédée (Soc, 2 juin 2021, n° 19-16.183).

- 2) **Les variations de la rémunération** au cours de la période requalifiée

Peuvent être octroyées des **rémunérations différentes selon la nature des missions accomplies, l'intensité ou la période de travail**, de sorte que le dernier salaire perçu, qui peut être inférieur aux précédents, n'est pas nécessairement représentatif de la rémunération habituelle du salarié.

La période concernée peut couvrir une ou plusieurs situations d'**absence de versement ou de versement partiel du salaire**, par suite d'une **suspension** légale ou conventionnelle **du contrat de travail** (accident de travail ou maladie professionnelle, congé sans solde, sabbatique ou pour création d'entreprise), pouvant nécessiter d'élargir les salaires pris en compte au-delà de la cause de suspension.

L'ancienneté requise pour prétendre **à des rémunérations complémentaires, accessoires, variables ou à des augmentations salariales** en vertu de la convention collective applicable aux salariés en CDD, peut être supérieure au seuil d'un mois voire à une ou plusieurs années.

2.3.2. En conséquence, s'agissant en premier lieu du **salaire de référence**, le calcul du plancher légal d'un mois de salaire doit, **sauf pour les périodes interstitielles**, prendre en compte **la rémunération effectivement perçue** par le salarié.

En effet, le droit à l'indemnité de requalification naît dès la conclusion du CDD en méconnaissance des exigences légales. Son assiette inclut les heures supplémentaires effectivement accomplies par le salarié et les accessoires de salaire reçus. Il est donc conforme à sa nature juridique que son **calcul** soit **assis en principe sur la rémunération effectivement perçue**, ce qui permet en outre de tenir compte des variations de celle-ci sur la période couverte.

En application cependant de la jurisprudence de la Cour de cassation, le salaire de référence des **périodes interstitelles**, qui n'a par définition pas donné lieu à versement avant la requalification, ne pourra en revanche être déterminé qu'en fonction des **stipulations des CDD précédant chacune de ces périodes**.

2.3.3. En second lieu, **la période de référence** pertinente, qui ne peut être uniformisée pour l'ensemble des situations concernées, **doit être appréciée *in concreto* par les juges du fond** en fonction de la réalité de la relation contractuelle sous le **contrôle approfondi** de la Cour de cassation.

2.3.3.1. Plusieurs **raisons** paraissent en effet **s'opposer à la fixation d'un critère temporel fixe et uniforme**.

Pour que l'indemnité de requalification, qui a le caractère de dommages-intérêts, soit fixée au plus près de la réalité du préjudice subi, il importe que sa **base de calcul** d'"*un*

mois de salaire" **reflète les salaires habituellement perçus sur la période** indemnisée, ce d'autant que le principe d'une base fixe tend en pratique à forfaitiser la réparation.

Depuis la loi n° 90-613 du 12 juillet 1990, **le législateur n'a jamais souhaité fixer une limite unique à la période prise en compte** pour déterminer l'indemnité plancher due par suite de la requalification, laquelle par ailleurs rétroagit au premier CDD irrégulier avec reprise d'ancienneté remontant à cette date[22].

Si la Cour de cassation, dans son rapport annuel 2005, a suggéré en cas de variations de salaire d'opérer une moyenne sur les "*six derniers mois*", sur le **modèle de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse**, elle n'a **repris** cette méthode dans **aucun** de ses **arrêts ultérieurs**.

L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 a au contraire **supprimé** du code du travail (articles L. 1235-3 et L. 1235-3-1) **la référence de principe à un tel seuil** (seulement cantonné à six cas de nullité du licenciement limitativement énumérés) au profit d'une fourchette allant d'un à vingt mois de salaire brut, ce qui rend obsolète une telle comparaison.

Il paraît en outre **difficile d'envisager une limite temporelle permettant de couvrir même la majorité des situations** contractuelles très différentes évoquées ci-dessus, pas plus, pour les mêmes raisons, qu'une référence systématique au dernier CDD.

2.3.3.2. Au vu de l'ensemble de ces considérations, **la détermination de la période temporelle la plus représentative** de la rémunération habituelle du salarié sur la période objet de la requalification paraît devoir relever du **pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond**.

Une fois cette période fixée, le calcul de l'indemnité de requalification, tant à partir de la rémunération effectivement versée que de celle éventuellement due au titre des périodes interstitielles, semble relativement aisé, ce qui opère un **juste équilibre**, conforme à l'intention du législateur et la nature de l'indemnité, **entre célérité de la procédure et adéquation de la réparation à la réalité salariale**.

S'agissant de la définition d'un minimum légal et afin de préserver une égalité de traitement, il apparaît cependant nécessaire de mettre en œuvre un **contrôle approfondi de la Cour de cassation sur cette recherche**. Telle est d'ailleurs la démarche déjà engagée par la chambre sociale, qui a censuré la disproportion manifeste entre l'indemnité allouée et la moyenne de salaire mensuelle constatée, ou l'insuffisante précision des éléments de preuve permettant de déterminer cette dernière.

2.4. En **conclusion**, il n'apparaît pas nécessaire à l'occasion de la présente instance de modifier les deux méthodes appliquées au calcul du plancher de l'indemnité de requalification, opérationnelles au regard de la variété des situations couvertes, mais

[22] Soc, 3 mai 2016, n° 15-12.256 ; Soc, 23 mars 2016, n° 14-22.250 ; Soc, 31 janvier 2018, n° 16-19.551 ; Soc, 9 décembre 2020, n° 19-16.138.

uniquement de **rappeler leur caractère complémentaire**, par exemple par un paragraphe qui pourrait être inspiré de la formulation suivante :

L'indemnité de requalification visée à l'article L. 1245-2 du code du travail, qui ne saurait être inférieure au dernier salaire mensuel perçu avant la saisine de la juridiction, peut, en cas de relation de travail intermittente, être calculée selon la dernière moyenne de salaire mensuel.

Il n'est pas indispensable de définir plus avant la rémunération prise en compte dans cette moyenne dans la mesure où celle-ci doit, selon la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation, être calculée à partir des salaires effectivement perçus, et, pour les périodes interstitielles, à partir des stipulations des CDD précédant chacune de celles-ci.

Il y a pas davantage lieu de fixer précisément la période retenue car l'adéquation de celle-ci à la réalité de la relation de travail, notamment au nombre, à la durée des CDD, à leur caractère continu ou à l'existence de périodes interstitielles, aux rémunérations versées ou dues, pourra être contrôlée en fonction des constatations de fait des juges du fond sur ces différents points.

3. En l'espèce, **la cour d'appel a à bon droit**, compte tenu du **caractère intermittent de l'emploi** en cause, calculé l'indemnité de requalification à partir de la **dernière moyenne de salaire mensuel**.

Dans le cadre de l'examen de la demande en requalification, la cour d'appel a en effet **constaté le caractère intermittent de la relation de travail sur la période concernée**, relevant que la salariée "*(...) a, entre le 22 juillet et le 24 juillet 2005, entre le 15 et le 16 octobre 2005, entre le 5 juillet 2006 et le 22 octobre 2006, puis à compter du 2 janvier 2008, occupé un emploi dans des conditions strictement identiques et qu'elle était amenée, à compter de l'année 2008, à travailler tout au long de l'année, et de façon continue*" (arrêt, p. 5, § 3).

Elle a en outre noté "*le nombre limité de jours travaillés et rémunérés chaque année par la société (...) au cours de cette collaboration*" (arrêt, p. 5, § 4) et a accepté de prononcer la requalification "*(...) depuis le 22 juillet 2005, peu important que la relation ne soit pas constituée d'une succession ininterrompue de contrats de travail à durée déterminée et qu'il y ait eu des périodes non travaillées*" (arrêt, p. 5, § 6).

Appliquant en conséquence la méthode de la dernière moyenne de salaire mensuel, à une base annuelle compte tenu de la fréquence d'activité suFr la période précédant la saisine, la juridiction a conclu que la salariée ayant "*perçu une rémunération mensuelle brute moyenne d'un montant de 1 618,16 euros au cours de l'année 2020*", il convenait de condamner l'employeur au paiement de cette somme à titre d'indemnité de requalification (arrêt, p. 5, § 9 et 10).

Dans ces conditions, au regard de l'intermittence de la relation contractuelle, il n'y avait pas lieu d'appliquer comme le soutient le premier moyen la méthode du "*dernier salaire mensuel complet perçu avant la saisine de la juridiction prud'homale*".

Il peut en outre être relevé que le salaire de référence de 2215,89 euros mensuels (calculé à partir d'une rémunération horaire de 14,61 euros) invoqué par l'employeur ne correspondrait pas au dernier salaire mensuel perçu avant la saisine de la juridiction - qui aurait été retenu si une telle méthode avait été applicable - mais au salaire dû au titre d'un CDI après requalification (déduction faite de la majoration de 30 % payée aux salariés intermittents).

La violation de l'article L. 1245-2 du code du travail alléguée n'étant pas caractérisée, il y aura lieu en conséquence de **rejeter** le premier moyen.

III - Sur la discrimination (moyen 2)

Il résulte des articles L. 1132-1 et L. 1134-1 du code du travail qu'il appartient au salarié qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement et il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire de cette mesure, d'établir que la disparité de situation ou la différence de rémunération constatée est justifiée par des critères objectifs, étrangers à toute discrimination (Soc, 23 novembre 1999, n° 97-42.940 ; Soc, 28 mars 2000, n° 97-45.258 et 97-45.259 ; Soc, 26 avril 2000, n° 98-42.643, 98-42.644, 98-42.645, 98-42.646, 98-42.647 et 98-42.648).

Lorsque le salarié présente plusieurs éléments de fait constituant selon lui une discrimination directe ou indirecte, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments dans leur ensemble laissent supposer l'existence d'une telle discrimination et, dans l'affirmative, il incombe à l'employeur de prouver que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination (Soc, 29 juin 2011, n° 10-15.792 et 10-14.067).

En l'espèce, la cour d'appel a relevé que le dernier des trois faits censés constituer une discrimination n'était pas établi dans sa matérialité :

"*S'agissant, enfin, de sa mise à l'écart des postes pour lesquels elle a candidaté les 17 novembre et 20 décembre 2019 au profit de Monsieur [X] et de Madame [Y], d'une part, et du plafond de jours travaillés appliqué à elle-même et à ses deux salariés, d'autre part, la cour observe que si [la salariée] soutient que ces derniers sont d'origine réunionnaise, elle n'apporte aucun élément permettant d'étayer ces affirmations sur ce point, de sorte que les éléments qu'elle présente à cet égard ne laissent pas supposer l'existence d'une discrimination fondée sur son origine*" (arrêt, p. 8, § 2).

Ainsi, la salariée ne démontrant pas l'un des éléments de fait tenant à l'origine de deux autres employés, qui aurait selon elle motivé des décisions discriminatoires liées au refus de deux promotions en 2019 et au plafonnement de ses jours travaillés, il n'y avait pas lieu pour la cour d'appel de confronter ces circonstances aux deux autres faits argués de discrimination (mise à l'écart de la formation et d'un poste de chef monteur en 2011, rejet de candidatures en 2011 et 2014).

Le second moyen, qui incrimine en réalité un vice de motivation tenant à une recherche prétendument insuffisante de tous les éléments de fait susceptibles de caractériser l'existence d'une discrimination, ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond sans établir de violation des articles L. 1132-1 et L. 1134-1 du code du travail.

Il pourra en conséquence, tel que proposé par le rapport, faire l'objet d'un **rejet non spécialement motivé**.

*

Les deux moyens du pourvoi n'étant pas de nature à entraîner la cassation, celui-ci ne pourra qu'être rejeté en son entier.

PROPOSITION

Rejet.