



**AVIS DE Mme RÉMERY,
AVOCAT GÉNÉRAL**

Arrêt n° 1186 du 11 septembre 2019 – Chambre sociale

Pourvoi n° 17-21.976

Décision attaquée : 24 mai 2017 de la cour d'appel de Paris

**Mme M... G...
C/
la société Axa**

FAITS ET PROCÉDURE

Mme G..., ressortissante américaine, a été engagée par le groupement d'intérêt économique AXA (le GIE) suivant contrat à durée indéterminée du 17 février 2014 en qualité de Head of Consumer and Market Insights (directrice analyse clients et marché).

Le contrat prévoyait une période d'essai de quatre mois renouvelable une fois.

Par courrier du 13 juin 2014 rédigé en français, le GIE a fait part à la salariée de sa décision de renouveler sa période d'essai. Un second courrier aux mêmes fins mais rédigé en anglais lui a été adressé le 24 juin 2014.

Par lettre remis en mains propres du 19 septembre 2014, l'employeur a notifié à Mme G... la rupture de sa période d'essai.

La salariée a contesté la décision de renouvellement de sa période d'essai la considérant comme abusive et tardive.

Par jugement du 7 mars 2016, le conseil de prud'hommes de Paris a rejeté la demande de la salariée au titre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse en considérant que la période d'essai avait été renouvelée dans les délais légaux mais a condamné la GIE à lui verser un rappel de bonus au prorata.

Par arrêt du 24 mai 2017, la cour d'appel de Paris a confirmé le jugement sauf sur le montant du bonus qui a été augmenté.

C'est l'arrêt attaqué.

Mme G... a formé un pourvoi comportant **un moyen unique** divisé en cinq branches par lequel il est fait grief à l'arrêt attaqué de l'avoir déboutée de ses demandes en paiement de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, d'une indemnité pour non-respect de la procédure de licenciement, d'une indemnité de préavis et d'une indemnité au titre des congés payés afférents à l'indemnité de préavis.

Elle invoque la violation des articles L.1221-19 et suivants du code du travail en considérant :

- que la cour d'appel ne pouvait pas décider que la période d'essai avait été prolongée du temps d'absence de la salariée dès lors que cette absence était liée à la prise de jours de récupération acquis dans le cadre d'un dispositif de réduction du temps de travail.

- que l'arrêt attaqué tout en relevant que la salariée avait pris « *7 jours de réduction du temps de travail, le 2 mai 2014, du 19 au 23 mai 2014 et le 30 mai 2014* », soit 7 jours calendaires, a décidé que la période d'essai avait été prorogée de 9 jours en comptant le samedi 24 et le dimanche 25 mai, alors que Mme G... n'était pas elle-même en congé pendant ces deux jours, et que la période d'essai était donc arrivée à son terme le 26 juin 2014.

- que bien que l'employeur ait fixé le terme de la période d'essai au 7 novembre 2014 soit bien au-delà de la durée de l'essai comprenant la période initiale et son renouvellement, l'arrêt attaqué a écarté tout manquement de celui-ci en la matière en considérant qu'il s'agissait d'une erreur matérielle.

Le GIE AXA a formé un pourvoi incident comportant un moyen unique divisé en sept branches en reprochant à l'arrêt attaqué de le condamner à verser à la salariée les sommes de 17.250 euros au titre du bonus à lui revenir et 2.500 euros pour le préjudice subi pour exécution déloyale du contrat de travail et remis tardive des documents sociaux.

DISCUSSION

I. Le pourvoi principal, en ses deux premières branches, pose la question de savoir si les jours de récupération pris par le salarié au titre de la réduction du temps de travail suspendent ou non la période d'essai (1^{ère} branche) et dans l'affirmative, comment doit être calculée la prorogation de l'essai (2^{ème} branche).

1. La période d'essai ayant notamment pour but, en application de l'article L.1221-20 du code du travail, de permettre l'appréciation des qualités du salarié doit correspondre à du temps de travail effectif. Cette période est donc prolongée du temps d'absence du salarié lorsque ces absences ne correspondent à aucun travail effectif.

Ainsi avez-vous jugé que les absences du salarié en raison d'une maladie (Soc 18 janvier 1989 n° 85-43.505 B.V n° 36), d'un accident professionnel (Soc 12 janvier 1983 n° 88-44.572 B.V n° 3), des congés payés à condition que le salarié les ait effectivement pris (Soc 26 mai 1994 n° 90-45.318) ou de congés sans solde (Soc 23 mai 2007 n° 06-41.338) suspendaient la période d'essai pour une durée équivalente à cette absence.

Qu'en est-il des jours de repos acquis, comme en l'espèce, au titre de la réduction du temps de travail ? Suspendent-ils la période d'essai ?

Au cas d'espèce, la cour d'appel a constaté que Mme G... avait pris 7 jours de réduction du temps de travail le 2 mai 2014, du 19 au 23 mai 2014 et le 30 mai 2014 et a jugé que la prise de ces jours avait suspendu le contrat de travail et prolongé la durée de la période d'essai.

Vous n'avez pas encore eu l'occasion de trancher cette question contrairement à certains juges du fond qui ont décidé que la prise des jours de RTT prolongeait d'autant la période d'essai (CA Versailles 26 février 2004 (davy c/ Sté Alcatel Cit) sans toutefois en expliciter les raisons).

Vous avez cependant considéré que "les jours de récupération, qui sont acquis par le salarié au titre d'un accord d'aménagement et de réduction de temps de travail et représentent la contrepartie des heures de travail qu'il a exécutées en sus de l'horaire légal ou de l'horaire convenu, n'ont ni la même cause ni le même objet que les congés

payés auquel il a droit, et ne peuvent en conséquence être réduits à due proportion des congés payés dont il dispose”(Soc 17 février 2010 n° 08-44.589).

Vous aviez déjà décidé que les jours de repos acquis au titre d'un accord de réduction et d'aménagement du temps de travail ne pouvaient pas être positionnés sur un jour férié chômé (Soc 11 juillet 2007 B.V n° 124) et qu'un salarié dont les jours de réduction du temps de travail avaient coïncidé avec les jours fériés et chômés avait droit à la récupération des jours chômés (Soc 13 décembre 2006 B.V n° 384).

Comme le soulignait Mme le rapporteur Mariette sur l'arrêt précité du 17 février 2010, vous avez clairement tranché en faveur de l'autonomie du régime des jours de repos annuels au titre d'une réduction du temps de travail et ceux résultant de textes conventionnels répondant à d'autres objectifs, notamment les congés conventionnels, qui sont étrangers à la mise en oeuvre de la réduction du temps de travail et obéissent à des règles d'acquisition différente.

A mon sens, et ainsi que le soutient le mémoire ampliatif, la prise de jours au titre de la réduction du temps de travail qui est permise au salarié en raison du travail qu'il a accompli au-delà de la durée légale ou conventionnelle, postule que le salarié a déjà fourni le temps de travail effectif qui lui était demandé.

Dans ces conditions, pourquoi décompter ces jours de la période d'essai alors que le temps d'absence qu'ils génèrent est déjà compensé par le temps de travail effectif déjà accompli auquel ils correspondent ?

La prorogation de la période d'essai en raison des absences du salarié liées à des jours de récupération au titre de la réduction du temps de travail m'apparaît alors devoir être écartée.

Avis de cassation sur la 1^{ère} branche du moyen.

2. Même si vous décidiez que les jours de récupération pris au titre de la réduction du temps de travail doivent être décomptés de la période d'essai et entraîner sa prolongation, le calcul auquel s'est livré la cour d'appel dans l'arrêt attaqué apparaît erroné.

Exprimée en mois, en semaines ou en jours, la période d'essai se décompte en mois, semaines ou jours calendaires (Soc. 29 juin 2005 n° 02-45.701 B.V n°220 RJS 10/05 n° 944), ce qui signifie que tous les jours de la semaine, y compris les samedi, dimanche et jours fériés chômés, doivent être pris en compte dans le calcul de la durée de l'essai.

Les dispositions de l'article 641 al 2 du code de procédure civile¹, propres à la computation des délais de procédure, ne s'appliquent pas au calcul de la durée de la

¹Aux termes de cet article, lorsqu'un délai est exprimé en mois ou en années, ce délai expire le jour du dernier mois ou de la dernière année qui porte le même quantième que le jour de l'acte qui fait

période d'essai (Soc. 23 mars 1983 n° 80-41.976, B.V n° 187 ; Soc. 11 octobre 1990 n° 87-43.503; soc 15 mars 2006 n°04-44.544 B.V n° 103 RJS 5/06 n°516).

Ainsi, pour le calcul d'une période d'essai fixée à un mois et renouvelée pour cette même durée, la période ayant commencé à courir le 13 juin expirera le 12 août à minuit et non le 13 août.

De la non application de la règle de computation des délais, il résulte que tout essai qui expire normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé n'est pas prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant (Soc. 10 juin 1992 n° 88-45.755 B V n° 378). De même, le fait que le dernier jour de la période d'essai corresponde à un jour non travaillé dans l'entreprise n'a pas pour effet d'en reporter le terme (Soc. 10 novembre 1988 n° 85-46.558).

Le calcul de la période d'essai implique que la durée de la prolongation de cette période, qui obéit aux mêmes règles, ne soit pas limitée aux seuls jours ouvrables inclus dans la période de suspension (Soc 14 novembre 1990 n° 87-42.795 B.V n°551; Soc 31 mars 1994 n°90-40.204) : l'essai est prolongé d'une durée égale à celle de l'absence même si cette période d'absence a compté des jours fériés ou chômés.

Parallèlement, le respect de cette règle d'égalité impose, pour le calcul de la prolongation de la période d'essai comme en l'espèce, de ne pas aller au-delà de la durée de l'absence en ajoutant à ce décompte les jours non ouvrables non compris dans la période d'absence.

Dans notre affaire, la période d'essai de la salariée d'une durée de quatre mois renouvelable une fois a débuté le 17 février 2014 : cette période initiale devait donc prendre fin le 16 juin 2014 à minuit.

L'arrêt attaqué a constaté que la salariée avait pris des jours au titre de la réduction du temps de travail au nombre de sept soit le 2 mai 2014, du 19 au 23 mai 2014 et le 30 mai 2014. Ce fait n'est discuté par aucune des parties.

Suivant les règles de calcul déjà rappelées, la période d'essai aurait donc dû être prorogée de sept jours calendaires soit jusqu'au lundi 23 juin 2014 à minuit, comme l'a précisé Mme G... dans ses conclusions devant la cour d'appel (p. 7).

Or, tout en rappelant que les 7 jours de réduction du temps de travail pris par la salariée avaient "*prolongé sa période d'essai d'une durée équivalente*" (p.5 de l'arrêt), la cour d'appel a considéré que la fin de la période d'essai avait été reportée au 25 juin 2014 au soir "*en sorte que le renouvellement de la période d'essai acceptée par la salariée le 24 juin est valable*".

La durée de la période de suspension a ainsi été allongée de deux jours.

courir le délai. Ainsi, selon ces dispositions, un délai d'un mois courant à partir du 6 février expire le 6 mars à 24 heures.

Même si l'arrêt attaqué ne le précise pas, il semble que ces deux jours correspondent au samedi 24 mai et dimanche 25 mai 2014, l'employeur ayant soutenu, aux termes de l'arrêt (p. 4) *“que pour les 5 jours ouvrés consécutifs pris entre le 19 et le 23 mai 2014, il convient de retenir en sus le samedi 24 et le dimanche 25 puisqu'elle [la salariée] a repris son travail le lundi 26 mai 2014”*.

A mon sens, la cour d'appel qui avait relevé que la salariée avait pris sept jours de récupération au titre de la réduction du temps de travail ne pouvait décider de prolonger la période d'essai à ce titre pour une durée supérieure à celle de l'absence laquelle était calculée en jours calendaires.

Avis de cassation sur la deuxième branche du moyen.

II. Le pourvoi incident en ses trois premières branches reproche à l'arrêt attaqué d'avoir condamné l'employeur à verser à la salariée un bonus.

L'arrêt attaqué a justifié ainsi sa décision *“(…) En conséquence, à défaut d'avoir expressément visé l'accord collectif sur le dispositif du BPIE aux termes du contrat rédigé en anglais seul opposable à la salariée, et dans la mesure où les objectifs n'ont pas été fixés, c'est à juste titre que le conseil de prud'hommes a fait droit à la demande formulée par Madame G..., étant observé que l'accord collectif était moins favorable à la salariée dans le cas d'espèce”*.

En application de l'article L. 2254-1 du code du travail :” *« Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables. »*

Ainsi, seules les dispositions conventionnelles plus favorables peuvent se substituer aux clauses inscrites dans le contrat de travail. Dans l'hypothèse inverse, un accord collectif ne peut pas modifier le contrat de travail (Soc 13 novembre 2001 n° 99-42.978 B.V n° 340).

Comme l'a rappelé la cour d'appel, le contrat de travail écrit d'un salarié étranger doit s'accompagner d'une traduction dans la langue de celui-ci lorsqu'il le demande en application de l'article L. 1221-3 du code du travail.

Au cas d'espèce, il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que dans la version française, l'article 3.2 du contrat de travail de la salariée était ainsi rédigé : *“conformément à l'accord d'entreprise sur le bonus lié à la performance individuelle et d'équipe, cette rémunération sera complétée d'une part variable liée à la réalisation d'objectifs qui vous seront fixés par votre responsable, d'un montant cible de 23000 € pour l'année 2014, versée au prorata temporis début 2015”*.

Dans sa version anglaise traduite en français, le contrat de travail précisait : *“vous bénéficierez d'un bonus annuel brut lié à votre performance individuelle et à la*

réalisation d'objectifs qui vous seront fixés par votre responsable. Le montant brut de votre bonus pour 2014 sera de 23000 € prorata temporis. Il sera réglé début 2015. »

Toujours en vertu de l'article L.1221-3, en cas de discordance entre les deux textes, seul le texte rédigé dans la langue du salarié étranger peut être invoqué contre ce dernier.

La référence à l'accord d'entreprise sur le bonus ne figure que dans la version française du contrat de travail.

Or, pour contester l'application du bonus, l'employeur soutient que le versement de ce bonus (BPIE) résultait d'un accord collectif du 24 décembre 2013 et était réservé aux salariés qui n'étaient ni licenciés, ni démissionnaires (article 3.3.5 de l'accord) excluant ainsi également les salariés dont le contrat avait été rompu au cours de la période d'essai.

L'employeur fait encore valoir qu'il était indifférent que la version anglaise de l'article 3.2 du contrat de travail ne mentionne pas l'existence de cet accord dès lors qu'en application de l'article L.2254-1 du code du travail, les clauses d'un accord collectif s'appliquent aux contrats de travail, sauf clause plus favorable prévue par ceux-ci.

Dans la deuxième branche de son pourvoi il souligne que la cour d'appel qui n'a pas caractérisé l'existence ni la nature des dispositions plus favorables dans le contrat de travail même rédigé en langue anglaise a privé sa décision de base légale.

En premier lieu, il résulte de la lecture comparée des versions française et anglaise du contrat de travail de la salariée que le motif d'exclusion du paiement du bonus tiré de la rupture de la relation de travail n'est nullement repris dans la version anglaise du contrat de travail de Mme G... qui lui est seule opposable en raison de la discordance existant avec la version française de ce contrat qui fait seule référence à l'accord d'entreprise contenant cette exclusion.

Comme l'a jugé la cour d'appel, l'accord collectif était moins favorable à la salariée.

En second lieu, on observera, avec le défendeur au pourvoi incident, que c'est la première fois, au stade du pourvoi en cassation, que l'employeur conteste le caractère plus favorable des stipulations du contrat de travail par rapport à celles de l'accord collectif. La critique développée par la seconde branche apparaît dès lors irrecevable car mélangée de fait et de droit.

Par ailleurs, et en tout tat de cause, les dispositions conventionnelles qui soumettent le versement du bonus à des conditions liées "*à la performance individuelle et d'équipe*" qui ne figurent pas dans le contrat de travail anglais de la salariée apparaissent moins favorables que les clauses contractuelles ainsi que l'avait relevé le conseil de prud'hommes dont la cour d'appel a, sur ce point, adopté les motifs.

Je suis au rejet des trois premières branches du moyen comme à celles des quatre dernières branches critiquant la condamnation de l'employeur au paiement de

dommages et intérêts au titre de l'exécution déloyale du contrat de travail, la cour d'appel ayant justifié, au regard des éléments de preuve apportés par la salariée, du manquement par l'employeur à son obligation de loyauté.

Avis de rejet du pourvoi incident.