



**AVIS DE M. HALEM,
AVOCAT GÉNÉRAL RÉFÉRENDAIRE**

Arrêt n° 134 du 8 février 2023 – Chambre sociale

Pourvoi n° 21-10.270

Décision attaquée : 10 décembre 2020 de la cour d'appel de Paris

Mme [R] [D]

**C/
société France télévisions**

Mme [R] [D] épouse [T] (ci-après “la salariée”) a été engagée en qualité de journaliste pigiste par la société France Télévisions (ci-après “l’employeur”) selon plusieurs contrats à durée déterminée (ci-après “CDD”) depuis septembre 1997.

Le 20 février 2015, la salariée a saisi le conseil de prud’hommes de Paris aux fins de requalification de ses contrats en un contrat à durée indéterminée (ci-après “CDI”) à temps plein avec reprise d’ancienneté depuis l’origine.

Par jugement du 1^{er} juin 2017, la juridiction prud’homale a requalifié les CDD successifs en CDI à temps plein, soit 197 jours de travail au salaire annuel de base hors prime et 13^{ème} mois de 46 448,35 euros et condamné l’employeur à payer à la salariée 10 000 euros d’indemnité de requalification, 2 815,56 euros de supplément familial, les dépens et frais irrépétibles, la déboutant des autres demandes.

Par arrêt du 10 décembre 2020, la cour d’appel de Paris a confirmé le jugement sur la requalification ainsi que l’indemnité afférente et, l’infirmant au surplus, a condamné l’employeur à verser à la salariée 4 675 euros de rappel de primes de fin d’année pour la période du 20 février 2010 au 31 décembre 2011, outre les frais irrépétibles et dépens, rejetant la demande de supplément familial.

Un pourvoi a été formé par la salariée le 8 janvier 2021 et rectifié le 11 janvier suivant.

DISCUSSION

Le pourvoi développe trois moyens de cassation.

1) Le **premier moyen** expose que : (i) en cas de requalification de CDD en CDI, la rémunération doit être calculée en fonction de la dernière rémunération annuelle perçue, de sorte qu'en fixant le salaire applicable à une somme annuelle de 46 448,35 euros hors prime et 13^{ème} mois, la cour d'appel a violé l'ancien article 1134 du code civil, les articles L. 1245-1 dans sa version applicable et L. 1221-1 du code du travail; (ii) ce faisant, alors que la requalification replace le salarié dans la situation d'un CDI dès l'origine, elle a omis de répondre à ses conclusions soulignant que la reconstitution de carrière de l'employeur, fondée sur aucune grille salariale, ne prenait pas en compte son ancienneté, sa spécialisation et sa rémunération habituelle supérieure aux accords d'entreprise, en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

(iii) la prise en compte de la reconstitution de carrière de l'employeur constitue une violation de la règle "nul ne peut se constituer de preuve à soi-même" et de l'article 1315, devenu 1353, du code civil ; (iv) la cour d'appel a confirmé le salaire annuel de base retenu par les premiers juges sans répondre aux conclusions dénonçant son caractère erroné et infondé, en violation de l'article 455 du code de procédure civile.

Le *mémoire ampliatif* indique que la requalification des CDD en CDI est sans effet sur la rémunération et la durée du travail, la rémunération du CDI devant être fixée sur la base du dernier salaire annuel perçu par le salarié. A supposer qu'il faille replacer le salarié dans la situation d'un recrutement en CDI dès l'origine, la reconstitution de carrière n'a été ni loyale ni complète, se fondant sur un élément de preuve du seul employeur et le calcul erroné des premiers juges.

Le *mémoire en défense* réplique que la requalification en CDI a pour effet de replacer le salarié dès l'origine dans la situation d'un recrutement sous ce régime, lui ouvrant droit uniquement aux salaires et avantages dus à ce titre, ce que la cour d'appel a opéré en reconstituant la carrière litigieuse à compter de 1997, sans pièce contraire de la salariée. Le tableau de l'employeur n'est qu'un élément de calcul du salaire, selon une méthode autre que celle reprochée.

Ce moyen pose donc la question suivante : **le salaire annuel de base du salarié dont le CDD est requalifié en CDI doit-il être fixé à partir de la dernière rémunération annuelle perçue par celui-ci ou bien de la situation d'un recrutement en CDI dès l'origine ?**

2) Le **second moyen** soutient que : (i) en rejetant la demande de rappel de salaire et de congés payés pour dépassement du seuil conventionnel de 197 jours, au motif inopérant que la rémunération reçue était bien supérieure à celle que la salariée aurait perçue en qualité de journaliste permanent, la cour d'appel a violé l'article 3.1.1 du Titre [3] du Livre 3 de l'accord collectif France Télévisions du 28 mai 2013 ; (ii) en retenant de tels motifs, elle a méconnu la règle selon laquelle les sommes versées au salarié en compensation de son CDD lui restent acquises, en violation de l'article 3.1.1 précité ; (iii) en confirmant la rémunération de 46 448,35 euros hors prime et 13^{ème} mois retenue par les premiers juges et un salaire mensuel brut de 4857,26 euros sur treize mois du

fait de la requalification, elle a commis une contradiction de motifs en violation de l'article 455 du code de procédure civile.

Le *mémoire ampliatif* explique que la perception par la salariée dans le cadre de ses CDD d'une rémunération supérieure à celle d'un journaliste permanent n'excluait pas qu'elle conserve les sommes dues à leur requalification en CDD en raison d'un volume d'heures excédant le forfait conventionnel, l'arrêt retenant en outre deux bases salariales contraires.

Le *mémoire en défense* allègue que la requalification a replacé la salariée dans la situation d'un recrutement en CDI dès l'origine lui permettant de recevoir les avantages calculés sur la base du salaire conventionnel dû aux salariés permanents, en l'espèce une majoration de salaire de 25 % largement perçue en tant qu'intermittente. La contradiction invoquée vise des bases de calcul différentes.

Ce moyen soulève donc la question suivante : **les rappels de salaire et congés payés dus au salarié, après requalification d'un CDD en CDI, pour dépassement du volume d'heures conventionnel doivent-ils être calculés sur la base du salaire qu'il aurait perçu dès l'origine sous le régime du CDI ?**

3) Le **troisième moyen** affirme que : (i) en retenant que les contrats de la salariée ne mentionnaient pas la qualité de cadre, sans l'apprécier au regard des fonctions réellement exercées, la cour d'appel a violé l'ancien article 1134 du code civil et l'accord d'entreprise de France Télévisions du 28 mai 2013 ; (ii) en rejetant les demandes de la salariée afférentes au statut de cadre sans répondre à ses conclusions exposant qu'elle assurait la rubrique mode de l'émission "Télématin", prenait ses décisions de manière autonome, avait bénéficié d'une rémunération à hauteur de ses responsabilités et du statut de cadre jusqu'en 2002, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

Le *mémoire ampliatif* prétend que la cour d'appel s'est fondée sur les contrats de pigiste de la salariée ne mentionnant pas la qualité de cadre sans apprécier les fonctions réellement exercées, alors qu'elle bénéficiait d'une autonomie fonctionnelle, d'une rémunération et de responsabilités propres aux cadres.

Le *mémoire en défense* considère que l'arrêt a retenu que la salariée ne justifiait pas de l'indépendance, de l'autonomie et de la rémunération élevée attachées à un tel statut, et répondu à ses conclusions.

Ce moyen implique de répondre à la question suivante : **l'appréciation des fonctions réellement exercées, de leur degré d'indépendance, d'autonomie et de l'existence d'une rémunération élevée permettant la reconnaissance de la qualité de cadre dirigeant peut-elle se fonder sur l'analyse des mentions du contrat de travail ?**

*

Il apparaît ainsi que les questions soulevées par le pourvoi peuvent être rattachées d'une part aux règles relatives au salaire de référence servant au calcul du salaire et de ses substituts après requalification d'un CDD en CDI (I - moyens 1 et 2 -) et d'autre part aux critères de reconnaissance de la qualité de cadre dirigeant (II - moyen 3 -), à la lumière desquelles elles seront successivement examinées.

I - Sur le salaire de référence pour le calcul du salaire et de ses substituts après requalification d'un CDD en CDI (moyens 1 et 2)

La requalification de CDD successifs en CDI plaçant le salarié dans la situation d'un recrutement *ab initio* selon cette dernière forme contractuelle (1), le salaire de référence (2 - moyen 1 -) et les sommes dues en raison du dépassement du forfait conventionnel de durée du travail (3 - moyen 2 -) devaient être fixés en fonction de la rémunération des employés permanents, comme l'a retenu à bon droit la cour d'appel.

1. La requalification de CDD successifs place le salarié dans la situation d'un recrutement en CDI dès l'origine, y compris pour la fixation de sa rémunération.

1.1. Pour garantir le caractère exceptionnel du recours au CDD¹, l'ordonnance n° 82-130 du 5 février 1982 avait ébauché le principe de la **sanction civile de requalification**² pour dépassement du terme du contrat³, aujourd'hui explicitement inscrite à l'**article L. 1245-1 du code du travail**⁴ selon lequel : "*Est réputé à durée indéterminée tout contrat de travail conclu en méconnaissance des dispositions des articles L. 1242-1 à L. 1242-4, L. 1242-6 à L. 1242-8, L. 1242-12, alinéa premier, L. 1243-11, alinéa premier, L. 1243-13, L. 1244-3 et L. 1244-4*", dispositions visant notamment l'interdiction du recours pour "*pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise*"⁵.

S'agissant d'une fiction légale réparant la privation du salarié du statut protecteur du CDI, la requalification obéit à un **principe d'"unicité"**, selon lequel "(...) *lorsque le juge requalifie une succession de contrats précaires avec le même salarié, chaque contrat ne fait pas l'objet d'une requalification mais l'ensemble est requalifié en contrat à durée déterminée*"⁶. En d'autres termes, celle-ci fait naître **rétroactivement un lien**

¹ Ancien article [L. 121-5](#) du code du travail, dans sa formulation issue de l'ordonnance n° 82-130 du 5 février 1982 : "*Le contrat de travail est conclu sans détermination de durée. Toutefois, dans les cas et aux conditions fixées à la section I du chapitre II du présent titre, il peut comporter un terme fixé avec précision dès sa conclusion ou résultant de la réalisation de l'objet pour lequel il est conclu*". La règle est reprise à l'actuel article L. 1221-2, alinéa 1^{er}, du code du travail, selon lequel "*Le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale de la relation de travail*".

² La requalification peut ici 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).

³ Ancien article [L. 122-3-11](#) du code du travail, dans sa formulation issue de l'ordonnance n° 82-130 du 5 février 1982 : "*Si la relation contractuelle de travail se poursuit après l'échéance du terme du contrat, celui-ci devient un contrat à durée indéterminée*".

Dans les cas mentionnés au 1° de l'article L. 122-1 et à l'article L. 122-3, les dispositions de l'alinéa ci-dessus ne font pas obstacle à la conclusion, avec le même salarié, de contrats à durée déterminée successifs.

Lorsque la relation contractuelle de travail se poursuit à l'issue d'un contrat à durée déterminée, le salarié conserve l'ancienneté qu'il avait acquise au terme de ce contrat. La durée de ce contrat est déduite de la période d'essai éventuellement prévue dans le nouveau contrat".

⁴ Version antérieure à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, qui a étendu le champ de la sanction.

⁵ Article L. 1242-1 du code du travail.

⁶ 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° 327. Certains auteurs ont soutenu que cette sanction s'assimilait à la nullité partielle affectant une

contractuel unique et continu entre les parties à compter du premier CDD irrégulier.

1.2. Cet effet emporte **trois conséquences** principales.

En **premier lieu**, “*Par l'effet de la requalification des contrats à durée déterminée, le salarié est réputé avoir occupé un emploi à durée indéterminée depuis le jour de son engagement par un contrat à durée déterminée irrégulier et est en droit de se prévaloir à ce titre d'une ancienneté remontant à cette date*” (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). Celui-ci est en conséquence en droit d'obtenir la **reconstitution de sa carrière** ainsi que la **régularisation de sa rémunération** (Soc, 24 juin 2003, n° 01-40.757 ; Soc, 6 novembre 2013, n° 12-15.953 ; Soc, 2 mars 2016, n° 14-18.940 ; Soc, 29 janvier 2020, n° 18-15.359 ; déjà, dans le même sens : Soc, 7 avril 1998, n° 95-43.091)⁷.

En **second lieu**, le salarié se voit reconnaître sous certaines conditions, pour toute la période objet de la requalification, la **protection de la relation de travail attachée au droit du licenciement d'un salarié en CDI**.

Si la **requalification** intervient **avant la fin du CDD** en cours, l'employeur ne peut plus se prévaloir du terme initial pour rompre le contrat⁸, ce qui se traduit notamment par un régime procédural de l'action en requalification protecteur des intérêts du salarié⁹.

Si à l'inverse la **requalification** est prononcée **après la fin du CDD**, la rupture de la relation contractuelle fixée à l'échéance du dernier contrat s'analyse en un licenciement (Soc, 16 octobre 2019, n° 17-30.918). Cette rupture n'ouvre en principe droit qu'à des réparations de nature indemnitaire (Soc, 13 mars 2001, n° 99-45.735) et non à la réintégration du salarié (Soc, 21 septembre 2017, n° 16-20.460 ; Soc, 30 octobre 2002, n° 00-42.211)¹⁰.

clause de terme contraire aux dispositions impératives du code du travail (J. Mouly, *La requalification d'un contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée ne porte que sur le terme du contrat*, Droit social 2017, p. 1079), ce que conteste Y. Pagnerre (op. cit., n° 271), au motif que la requalification n'efface pas l'illicéité passée.

⁷ La solution est identique en matière de missions de travail temporaire (Soc, 21 janvier 2004, n° 03-42.769, 03-42.770, 03-42.774, 03-42.776, 03-42.775, 03-42.754, 03-42.777, 03-42.756, 03-42.779, 03-42.780, 03-42.781, 03-42.782, 03-42.760, 03-42.783, 03-42.784, 03-42.763, 03-42.764 et 03-42.765 ; Soc, 10 mai 2012, n° 10-23.514).

⁸ Une telle rupture étant même qualifiée de “nulle” : Soc., 18 décembre 2013, pourvoi n° 13-10.908, 13-10.909, 13-10.932, 13-10.910, 13-10.934, 13-10.935, 13-10.936, 13-10.915, 13-10.937, 13-10.916, 13-10.917, 13-10.918, 12-27.383, 13-10.924, 13-10.925, 13-10.926 et 13-10.927 (deuxième moyen).

⁹ L'affaire est en effet directement portée devant le bureau de jugement du Conseil de prud'hommes qui statue au fond dans le délai d'un mois (article L. 1245-2, alinéa 1^{er}, du code du travail) et la décision prononçant la requalification est exécutoire de droit à titre provisoire (article R. 1245-1 du même code). Lorsque l'employeur rompt néanmoins le contrat pendant cette période, à la suite de l'action en justice engagée par le salarié à cette fin, il appartient au premier d'établir que sa décision est justifiée par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice de ce droit d'agir (Soc, 6 février 2013, n° 11-11.740, 11-11.742 à 11-11.748).

¹⁰ Le juge devra cependant rechercher si la lettre qui l'accompagne vaut lettre de licenciement et si les motifs énoncés constituent des griefs matériellement vérifiables permettant de décider si le licenciement a une cause réelle et sérieuse (Soc, 7 mai 2003, n° 00-44.396 ; Soc, 9 juillet 2008, n° 06-46.379 ; Soc, 20 octobre 2015, n° 14-23.712).

En **troisième lieu**, le **principe d'indépendance entre les deux types de requalification** suppose que : *“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. Réciproquement, 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”* (Soc, 9 octobre 2013, n° 12-17.882, sommaire ; Soc, 10 décembre 2014, n°13-22.422 ; Soc, 5 octobre 2016, n° 15-19.659; Soc, 24 octobre 2018, n° 16-15.898; Soc, 13 mars 2019, n° 18-11.096)¹¹.

La chambre sociale a précisé que **cette dissociation s'étend aux autres stipulations contractuelles**, en ce que *“la requalification en contrat de travail à durée indéterminée d'un contrat à durée déterminée laisse inchangées les clauses du contrat non liées à sa nature, à défaut d'accord contraire des parties”* (Soc, 27 avril 2017, n° 15-15.940 ; Soc, 4 décembre 2013, n° 12-23.874; Soc, 28 mai 2008, n° 06-45.572), et plus largement toutes *“les autres stipulations contractuelles”* (Soc, 2 juin 2021, n° 19-18.080¹²).

1.3. Dans ce cadre, la **fixation du salaire de référence** permettant le calcul des rappels de salaire liés à la requalification suit **deux régimes complémentaires**.

1.3.1. S'agissant de la **détermination du salaire de base**, la requalification a pour effet de replacer le salarié dans la situation qui aurait été la sienne s'il avait été recruté depuis l'origine dans le cadre d'un CDI (Soc, 19 mars 2014, n° 12-29.080 ; Soc, 16 mars 2016, n° 15-11.396 ; Soc, 8 juillet 2020, n° 18-21.942 et 18-23.148), de sorte que *“le calcul des rappels de salaire consécutifs à la requalification de contrats à durée déterminée successifs en contrat à durée indéterminée, (...) s'effectue selon les conditions contractuelles fixant les obligations de l'employeur telles qu'elles résultent de cette requalification”* (Soc, 16 mars 2016, n° 15-11.396 ; Soc, 9 juin 2017, n° 16-17.634 ; Soc, 15 septembre 2021, n° 19-19.979 et 19-21.410).

Le salarié doit dès lors être repositionné dès l'origine au **niveau indiciaire correspondant à la nouvelle qualification pour déterminer son “salaire [auquel doivent] s'ajouter les primes, indemnités et accessoires de salaire légaux et conventionnels accordés dans l'entreprise aux salariés employés par contrat de travail à durée indéterminée à temps complet se trouvant dans une situation identique à la sienne”** (Soc, 12 juillet 2007, n° 06-43.141). Il est notamment éligible à des rappels de primes d'ancienneté, de fin d'année et de supplément familial attachés au nouveau statut même s'il a perçu sur la même période des rémunérations en qualité d'intermittent (Soc, 19 mai 2009, n° 07-44.841 et 07-45.010). Pour le calcul du rappel d'indemnité de congés payés, doit être prise en considération la rémunération totale du

¹¹ Ainsi par exemple, pour déterminer l'assiette de l'indemnité compensatrice de préavis, les juges doivent vérifier la durée de travail résultant du contrat en cours lors de la rupture et préciser s'il prévoyait un temps partiel ou un temps complet (Soc, 2 juin 2021, n° 20-10.141).

¹² Dans sa lettre [n° 10 - mai/juin/juillet 2021](#) (Contrat de travail, durée déterminée, p. 2), la chambre sociale de la Cour de cassation indique : *“Dans le prolongement de sa jurisprudence constante, [la chambre] rappelle que la requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée ne porte que sur le terme du contrat et laisse inchangées les autres stipulations contractuelles, parmi lesquelles celles relatives à la durée du travail (Soc., 9 octobre 2013, pourvoi n° 12-17.882, Bull. 2013, V, n° 226 ; Soc., 10 décembre 2014, pourvoi n° 13-22.422, Bull. 2014, V, n° 284 ; Soc., 5 octobre 2017, pourvoi n° 16-13.581, Bull. 2017, V, n° 172)”*. Voir par exemple pour la persistance d'une clause de non-concurrence après la requalification: Soc, 5 janvier 1995, n° 90-45.732.

salarié comprenant les primes et indemnités versées en contrepartie ou à l'occasion du travail, ce qui inclut les primes d'ancienneté (Soc, 7 septembre 2017, n° 16-16.643).

Cet effet rétroactif de la requalification implique réciproquement que **le rappel de salaire ne peut être fixé sur la base** d'anciens accords salariaux (Soc, 20 novembre 2012, n° 11-23.445) ou **de la rémunération reçue en qualité d'intermittent** (Soc, 19 mars 2014, n° 12-29.080 ; Soc, 2 avril 2014, n° 13-10.087 ; Soc, 3 décembre 2014, n° 13-18.445), ce qui peut conduire à constater que le salarié n'était pas même rémunéré en qualité d'intermittent (Soc, 17 janvier 2018, n° 16-25.502 ; Soc, 15 septembre 2021, n° 19-19.979 et 19-21.410).

Cette distinction claire entre les deux statuts implique que le calcul des rappels de salaire consécutifs à la requalification n'est **pas affecté par les sommes versées au salarié au titre de l'assurance chômage** (Soc, 16 mars 2016, n° 15-11.396 ; Soc, 17 janvier 2018, n° 16-25.502)¹³. De la même manière, les sommes destinées à compenser la situation dans laquelle le salarié était placé du fait de son CDD, lui restent acquises nonobstant une requalification ultérieure en CDI (Soc, 8 juillet 2020, n° 18-21.942 et n° 18-23.148 précités ; Soc, 30 mars 2005, n° 03-42.667).

Pour statuer sur le principe et le montant d'un rappel de salaire, le juge peut être conduit à **comparer les sommes dues au titre du CDI et celles effectivement reçues** en qualité d'intermittent pour en déduire que *“le salarié avait perçu au titre des contrats à durée déterminée, eu égard à son statut d'intermittent, une rémunération supérieure à celle qu'il aurait perçue dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée pour la même durée effective de travail”* (Soc, 19 mai 2010, n° 09-41.464).

1.3.2. S'agissant de l'indemnisation des périodes interstitielles séparant chaque CDD requalifié, l'unicité contractuelle permet au salarié de prétendre à un rappel de salaire **s'il démontre s'être tenu à la disposition de l'employeur** pendant ces intervalles (Soc, 28 septembre 2011, n° 09-43.385 ; Soc, 16 septembre 2015, n° 14-16.277 ; Soc, 27 juin 2018, n° 17-13.658¹⁴), cette appréciation relevant du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond¹⁵.

En refusant de considérer ces différents contrats comme des modifications unilatérales du contrat de travail (Soc, 17 novembre 2021, n° 20-17.526), la Cour de cassation tend selon un auteur à *“(…) signaler que la requalification en CDI d'un CDD ne saurait priver de force obligatoire les stipulations qu'il contient, à l'exception bien sûr de celle relative à la durée ou au terme de la relation”* et *“(…) invite les juges du fond à prendre au*

¹³ La solution est la même pour les sommes reçues des organismes d'assurance chômage pendant les périodes interstitielles (Soc, 25 juin 2013, n° 11-22.646 ; Soc, 9 juin 2017, n° 16-17.634) ainsi que pour l'allocation d'aide au retour à l'emploi (Soc, 21 septembre 2017, n° 16-20.460) - voir *infra* § 1.3.2.

¹⁴ Dans le même sens : Soc, 10 novembre 2009, n° 08-40.088 ; Soc, 28 septembre 2011, n° 09-43.385 ; Soc, 10 décembre 2014, n° 13-22.422 ; Soc, 3 décembre 2014, n° 13-18.445 ; Soc, 16 septembre 2015, n° 14-16.277 ; Soc, 13 mars 2019, n° 18-11.096 ; Soc, 5 octobre 2016, n° 15-19.659 ; Soc, 19 octobre 2016, n° 14-28.883 ; Soc, 27 juin 2018, n° 17-10.384, 17-10.385, 17-10.386, 17-10.387 et 17-10.391 ; Soc, 17 février 2021, n° 18-23.989. On peut noter que la chambre sociale a un temps considéré qu'il appartenait à l'employeur de prouver que le salarié ne s'était pas tenu à sa disposition au cours des périodes interstitielles, en démontrant par exemple qu'il avait travaillé pour le compte d'une autre société (Soc, 19 septembre 2013, n° 12-12.271).

¹⁵ Voir : Soc, 20 février 2019, n° 17-21.887 ; Soc, 23 janvier 2019, n° 17-21.796 ; Soc, 3 juin 2015, n° 14-15.587 ; Soc, 4 décembre 2013, n° 12-27.793 ; Soc, 19 septembre 2012, n° 11-18.021.

*sérieux les stipulations contractuelles propres à chaque CDD compris dans l'opération de requalification (...)*¹⁶.

Cette survie des stipulations fixées par chaque ex-CDD successif, pour fixer le montant des rappels de salaire afférents aux périodes interstitielles, implique qu'*il (...) appart[ient] [au juge du fond] d'apprécier la valeur et la portée sur la rémunération du salarié des différents contrats conclus par les parties*" (Soc, 5 octobre 2017, n° 16-13.581, 16-13.582, 16-13.583 et 16-13.584), voire *"des modifications apportées par les parties aux dispositions relatives à la rémunération ou à la durée du travail résultant de la conclusion des contrats à durée déterminée concernés par cette requalification"* (Soc, 17 novembre 2021, n° 20-17.526, précité)¹⁷.

La Cour de cassation a récemment précisé que cette reconstitution devait être opérée en fonction de *"la réalité de la situation de chaque période interstitielle telle que résultant de chacun des contrats à durée déterminée l'ayant précédée"*, à l'exclusion de toute méthode globale telle que 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)¹⁸.

1.4. En conclusion, il résulte de l'analyse développée ci-dessus que la requalification de CDD successifs en CDI leur substitue rétroactivement un unique contrat, ouvrant droit pour le salarié à une reprise d'ancienneté et de carrière avec régularisation de sa rémunération, sous la protection du droit du licenciement propre à la nouvelle forme contractuelle.

Dans ce cadre, la **rémunération de référence servant au calcul du rappel de salaire et de ses accessoires suit les conditions contractuelles telles qu'elles résultent de la requalification en CDI**, qui justifient la raison d'être de la sanction. En effet, la mesure vise autant à **réparer le manque à gagner subi par le salarié engagé de manière irrégulière** sous un régime précaire moyennant une rémunération généralement moindre¹⁹ qu'à dissuader l'employeur de contourner les conditions restrictives posées par la loi pour recourir au CDD.

Si dans certains cas la spécificité du secteur d'activité ou les conditions de la négociation peuvent conduire comme en l'espèce à l'obtention au titre du CDD d'une rémunération supérieure aux minima conventionnels applicables aux salariés

¹⁶ Voir l'étude éclairante d'A. Fabre, *De la portée de la requalification en CDI : au-delà de la neutralisation du terme, le maintien des stipulations contractuelles propres à chaque contrat*, Revue de droit du travail 2022, p. 35.

¹⁷ Dans ce cadre, ils peuvent être conduits à se prononcer au préalable sur la validité de ces accords et modifications, notamment sur l'existence d'un vice du consentement (Soc, 27 avril 2017, n° 15-15.940).

¹⁸ Voir sur ce sujet le commentaire de S. Ala, *Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation, 2 - Le calcul du rappel de salaire concernant les périodes d'inter-contrats et ses conséquences*, Recueil Dalloz 2021 p. 1490. Le recours à des méthodes de reconstitution théoriques est pareillement prohibé en ce qui concerne la détermination des indemnités de rupture en raison d'une modification des jours de travail décidée par les parties (Soc, 2 juin 2021, n° 19-18.080).

¹⁹ Voir sur ce sujet l'étude quelque peu ancienne de la DARES, [Des CDD moins bien rémunérés que les CDI : d'où vient l'écart ?](#), 19 décembre 2018, n° 60 : *"Dans les entreprises de 10 salariés ou plus du secteur privé, la rémunération horaire brute moyenne des salariés en CDD est, en 2014, inférieure de 14,4 % à celle des salariés en CDI"*.

permanents de l'entreprise, une telle situation ne paraît guère représentative de la **précarité économique et juridique attachée au régime même du CDD**²⁰.

De plus, **faire prévaloir** purement et simplement **l'ensemble des stipulations salariales des CDD requalifiés reviendrait à priver la sanction de tout effet dissuasif**, en n'imposant aucune contrepartie supplémentaire au contournement par l'employeur des conditions de recours à cette forme contractuelle dérogatoire, ni à l'emploi précaire et à moindre coût d'un salarié dans les conditions d'un salarié permanent de l'entreprise.

Il paraît dans ces conditions cohérent que la jurisprudence de la Cour de cassation fasse prévaloir par principe les conditions contractuelles plus protectrices issues de la requalification en CDI sur le régime de l'intermittence, tout en permettant au salarié de conserver les avantages acquis ou sommes dues strictement en vertu du seul CDD.

Par ailleurs, **sans remettre en cause ce régime, l'effet relatif de la requalification** rappelé avec constance par la Cour de cassation **tient à la nature même de cette sanction** légale portant sur le terme du contrat, ce qui impose le cas échéant au plaignant d'en distinguer ou d'y associer, comme en l'espèce, ses demandes portant sur la durée du contrat.

De la même manière, **l'incitation** donnée récemment aux juges du fond à une **analyse réaliste et concrète des clauses des anciens CDD**, pour apprécier les sommes dues au titre des **périodes interstitielles** et lorsqu'il est établi que le salarié se trouvait à la disposition de l'employeur, participe de l'objectif premier de la mesure de protection du travailleur, afin d'**éviter l'application de méthodes abstraites** ayant un **effet de fixation au rabais de la rémunération**, sans prise en compte des conditions d'exercice de l'activité.

Bien que complexe à mettre en œuvre pour l'employeur en cas de CDD successifs sur longue période entrecoupés de phases d'inactivité, cette exception ne saurait remettre en cause le principe de l'application à la rémunération des conditions contractuelles issues de la requalification, au profit d'une projection, par ailleurs sans règle de calcul déterminée, des clauses des CDD frappés par la requalification.

Dans une approche prospective, ce principe **constitue** surtout **pour l'employeur une incitation à adapter ses modalités de recrutement, dans une stratégie de long terme, aux besoins prévisibles de l'entreprise**, et à promouvoir en CDI ceux des salariés précaires qu'il jugerait nécessaire d'affecter à son activité normale et permanente²¹.

²⁰ Outre l'existence d'un salaire inférieur, le développement des CDD s'accompagne également d'une multiplication des contrats de très courte durée, associés à un fort *turn over*. Ainsi selon la DARES, "*Au sein des flux d'embauches en CDD et CDI, la part des CDD a nettement progressé en vingt-cinq ans, notamment à partir des années 2000, passant de 76 % en 1993 à 87 % en 2017. Cette évolution structurelle dans les mouvements de main-d'œuvre s'accompagne d'une forte hausse des contrats de très courte durée : en 2017, 30 % des CDD ne durent qu'une seule journée (...). Le taux de rotation de la main-d'œuvre augmente fortement en vingt-cinq ans, passant de 29 % en 1993 à 96 % en 2017. Cette hausse résulte essentiellement du développement des CDD très courts, alors que le recours au CDI reste relativement stable. Les pratiques contractuelles font ainsi apparaître une dualisation du marché du travail plus marquée, entre des salariés en CDI et d'autres multipliant les contrats très courts*" (DARES, [CDD, CDI : comment évoluent les embauches et les ruptures depuis 25 ans ?](#), Dares analyses juin 2018, n° 26).

²¹ Selon l'INSEE (*Emploi, chômage, revenu du travail*, § 1.6, p. 110, édition 2020), le CDD constitue la principale voie d'entrée dans l'entreprise : "*En 2019, en France métropolitaine, les entrées en contrat à durée déterminée (CDD) dans les établissements du champ privé hors agriculture représentent en moyenne 110,4 % de leur effectif salarié (...). Le taux d'entrée en CDD demeure ainsi à un niveau comparable à celui des trois années précédentes mais environ 60 points au-dessus de celui de 2007*".

2. Dans ce contexte, la cour d'appel retient à bon droit comme base de fixation du salaire de référence les conditions contractuelles issues de la requalification en CDI (moyen 1).

En l'espèce, il résulte des pièces versées aux débats que la requalification, prononcée en CDI et à temps plein, porte sur une succession ininterrompue de CDD renouvelés depuis le 28 août 1997 chaque année.

S'agissant de la première branche du moyen, l'argumentation avancée par le pourvoi, soutenant que le salaire moyen du salarié devrait être fixé en fonction du dernier salaire annuel perçu, tend à substituer un critère générique et abstrait au principe énoncé ci-dessus selon lequel le calcul des rappels de salaire doit s'effectuer selon *“les conditions contractuelles fixant les obligations de l'employeur telles qu'elles résultent de [la] requalification”* en CDI²².

La cour d'appel a à cet égard justement considéré que *“du fait de la requalification, il convient d'appliquer à la relation de travail à durée indéterminée liant les parties les règles afférentes au statut des journalistes permanents, travaillant 197 jours par an et les modalités de calcul de la rémunération qui leur sont propres”* (p. 7 de l'arrêt), sans avoir à fixer cette rémunération selon la référence générale et sans fondement du *“dernier salaire annuel perçu”* alléguée.

S'agissant de la seconde branche du moyen, la cour d'appel a, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, choisi de retenir les éléments de *“reconstitution de carrière”* produits par l'employeur (*“les échelons, indices, valeurs du point appliqués, le salaire de base, année par année, dont il ressort une rémunération totale annuelle brute de 46 448,41 euros”*) plutôt que l'argumentation avancée par la plaignante, dans les détails de laquelle elle n'était pas tenue de la suivre, en l'absence de toute pièce venant contredire ces éléments circonstanciés.

Une telle appréciation valait en outre rejet implicite des conclusions alléguant une thèse contraire et ne saurait constituer un défaut de réponse à celles-ci au sens de l'article 455 du code de procédure civile.

S'agissant de la troisième branche du moyen, il résulte de l'article 1353 du code civil que la production par une partie d'éléments de preuve tels qu'un listing d'opérations d'enregistrement (Civ 1^{ère}, 13 juillet 2004, n° 01-11.729), valant le cas échéant comme une présomption simple et soumis à la contradiction, ne peut constituer une violation de l'adage *“nul ne peut se constituer de titre à soi-même”* au sens de ce texte et de l'article 1363 du même code.

S'agissant de la quatrième branche du moyen, la cour d'appel s'est fondée, pour déterminer le salaire applicable, sur les éléments de *“reconstitution de carrière”* produits par l'employeur, sans viser l'application d'une quelconque décote de 30 % pour cause de précarité. De surcroît comme le relève le rapport, le calcul qu'il est reproché à la cour d'appel d'avoir opéré (91 506,15 euros 13^{ème} moins inclus pour 286 jours, proratisé sur la base de 197 jours) ne conduirait pas à la somme finalement retenue de 46 448,35 euros mais à un résultat inférieur.

²² Soc, 16 mars 2016, n° 15-11.396 ; Soc, 9 juin 2017, n° 16-17.634 ; Soc, 15 septembre 2021, n° 19-19.979 et 19-21.410.

Ainsi, il ne peut lui être reproché d'avoir omis de répondre aux conclusions de la salariée dans les conditions de l'article 455 du code de procédure civile.

Il résulte en conséquence de ces éléments que le **premier moyen** pourra faire l'objet, tel que proposé par le rapport, d'un **rejet non spécialement motivé**.

3. Les rappels de salaire et de congés payés en raison du dépassement du forfait conventionnel de jours travaillés doivent pareillement prendre pour base de référence la rémunération due au titre de la requalification en CDI (moyen 2).

S'agissant des deux premières branches du moyen prises ensemble, la cour d'appel a considéré que *“S'il est établi que la salariée a travaillé certaines années pour un volume supérieur à 197 jours par an, il ressort également des fiches de paie versées aux débats et du tableau relatif au salaire moyen de référence des permanents de l'entreprise au 31 décembre 2014 que la rémunération perçue au titre des contrats de travail à durée déterminée était bien supérieure à celle versée aux journalistes permanents, la salariée faisant d'ailleurs valoir qu'elle percevait en 2016 un salaire mensuel brut de 7 625,51 euros, alors que du fait de la requalification son salaire mensuel brut a été fixé à la somme de 4 857,26 euros sur treize mois”* (arrêt, p. 9).

Elle en déduit que *“sur la période réclamée de 2014 à 2016, la salariée a perçu au titre de ses piges une rémunération supérieure à celle à laquelle elle aurait pu prétendre si elle avait travaillé en qualité de journaliste permanent, même avec un dépassement du forfait de 197 jours [de sorte qu'] étant ainsi d'ores et déjà remplie de ses droits, sa demande en paiement d'un rappel de salaire [doit être] rejetée”*.

L'arrêt du 8 juillet 2020 cité par le mémoire ampliatif précise à cet égard que *“les rappels de primes sont des accessoires du salaire et visent, non pas à compenser la précarité subie par le salarié mais à le replacer dans la situation qui aurait été la sienne s'il avait été recruté depuis l'origine dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée”* (Soc, 8 juillet 2020, n° 18-23.148).

Or l'article 3.1.1. du Titre 3 du Livre 3 de l'accord collectif France Télévisions du 28 mai 2013 allégué inflige précisément à l'employeur, à titre de sanction en cas de dépassement du forfait conventionnel de 197 jours, le paiement d'un rappel de salaire calculé *“à 125% du salaire journalier du collaborateur concerné”* quelle que soit la forme contractuelle concernée.

De par sa nature salariale, une telle somme ne peut donc suivre, dans la fixation de son montant, que les règles applicables au calcul du salaire de base, qui prend pour référence comme rappelé plus haut les conditions contractuelles issues de la requalification en CDI.

Ainsi rattachée au CDI, elle ne saurait être analysée comme une prime versée en compensation de la précarité liée au statut de CDD et trouvant sa source dans celui-ci.

De surcroît, ayant fait une juste comparaison entre les sommes dues au titre du salaire issu de la requalification en CDI, en ce compris l'indemnisation des jours effectués en sus du forfait conventionnel, et celles précédemment reçues à titre de salaire dans l'exécution des CDD, conformément à une méthode déjà admise par la chambre sociale (Soc, 19 mai 2010, n° 09-41.464), la cour d'appel était bien fondée à constater que la salariée avait été dûment remplie de ces droits.

La violation de cette disposition conventionnelle alléguée n'est donc pas caractérisée.

S'agissant de la troisième branche du moyen, le passage de la motivation censé constituer une contradiction de motifs, de surcroît à partir de bases de comparaison en réalité différentes - *“la salariée faisant d'ailleurs valoir qu'elle percevait en 2016 un salaire mensuel brut de 7 625,51 euros, alors que du fait de la requalification son salaire mensuel brut a été fixé à la somme de 4 857,26 euros sur treize mois”* (p. 9 de l'arrêt) - constitue comme le souligne le rapport une reprise de l'argumentation développée par l'intéressée devant la cour d'appel, mise en parallèle dans le même paragraphe avec l'analyse retenue par la juridiction selon laquelle *“(…) la rémunération perçue au titre des contrats de travail à durée déterminée était bien supérieure à celle versée aux journalistes permanents”* (p. 9 de l'arrêt).

L'existence de motifs contradictoires au sens de l'article 455 du code de procédure civile n'apparaît donc pas établie.

Il résulte en conséquence de ces éléments que le **second moyen** pourra faire l'objet d'un **rejet pour ses deux premières branches** et, tel que proposé par le rapport, d'un **rejet non spécialement motivé pour la troisième**.

II - Sur les critères de reconnaissance de la qualité de cadre dirigeant (moyen 3)

Au regard du caractère cumulatif des critères du statut de cadre dirigeant, dûment examinés par la cour d'appel (1), l'arrêt attaqué n'encourt pas les griefs du moyen (2).

1. Selon l'article L. 3111-2, alinéa 2, du code du travail, *“Sont considérés comme ayant la **qualité de cadre dirigeant** les cadres auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement”*.

Ces **trois conditions** attachées (i) à l'exercice de responsabilités importantes impliquant une large autonomie dans l'organisation du temps de travail, (ii) à la faculté de prendre des décisions autonomes et (iii) à la perception de l'une des rémunérations les plus élevées de l'entreprise **sont cumulatives** (Soc, 14 décembre 2006, n° 04-43.694 ; Soc, 13 janvier 2009, n° 06-46.208 ; Soc, 25 novembre 2015, n° 14-10.529).

Elles impliquent que seuls relèvent de la catégorie les cadres participant à la direction de l'entreprise (Soc, 31 janvier 2012, n° 10-24.412 ; Soc, 26 novembre 2013, n° 12-21.758 ; Soc, 2 juillet 2014, n° 12-19.759 ; Soc, 5 mai 2021, n° 19-22.209 et 19-22.890), ce qui n'implique pas que cette participation constitue un critère autonome et distinct se substituant aux trois critères légaux (Soc, 22 juin 2016, n° 14-29.246).

En effet, ces critères cumulatifs imposent au juge de **vérifier** précisément **les conditions réelles d'emploi du salarié** concerné, peu important que l'accord collectif applicable retienne pour la fonction occupée par le salarié la qualité de cadre dirigeant (Soc, 13 janvier 2009, n° 06-46.208 ; Soc, 11 mai 2017, n° 15-27.118). Cet examen doit donc être opéré au regard de chacun des trois critères afin de vérifier si le salarié

participait à la direction de l'entreprise (Soc, 19 juin 2019, n° 17-28.544 ; implicitement: Soc, 19 juin 2019, n° 18-11.083).

L'appréciation des fonctions réellement exercées relève du **pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond** (Soc, 28 novembre 2018, n° 17-19.816 ; Soc, 24 mai 2018, n° 16-27.492 ; Soc, 1^{er} mars 2017, n° 15-27.342 ; Soc, 12 mai 2015, n° 14-12.410).

2. En l'espèce, la cour d'appel a examiné l'ensemble des faits pertinents de l'espèce, en particulier le critère de perception d'une rémunération située dans les niveaux les plus élevés de l'entreprise et l'absence de mention du statut de cadre dirigeant dans les stipulations du contrat, en constatant l'absence de tout autre élément de preuve fourni par la salariée à l'appui de sa demande d'application d'un tel statut, en ces termes :

“En premier lieu, la salariée vise l'article L.3111-2 du code du travail et les dispositions de l'accord d'entreprise du 28 mai 2013 qui portent sur la qualité de “cadre dirigeant”, sans justifier qu'elle en remplit les conditions, notamment la perception d'une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans l'entreprise. Ce statut qui prévoit des conditions cumulatives ne peut donc lui être appliqué.

En second lieu, il ne figure pas sur les contrats de pigiste de [la salariée] la qualification de cadre sur la période qu'elle évoque, la rubrique “catégorie” n'étant pas renseignée” (p. 10 de l'arrêt).

Du fait de l'examen de l'ensemble de ces indices, il ne peut donc lui être reproché par la première branche du moyen d'avoir omis d'apprécier les fonctions réellement exercées par la salariée au profit des seules stipulations contractuelles, qui par ailleurs font partie des éléments de preuve soumis à l'appréciation souveraine du juge du fond. De plus, les critères du statut de cadre dirigeant étant comme le souligne la cour d'appel cumulatifs, en l'absence de l'un quelconque d'entre eux, un tel statut ne saurait être reconnu.

En outre, la salariée n'invoque que le seul bénéfice du statut de cadre dirigeant défini par la jurisprudence sur le fondement des dispositions de l'article L. 3111-2, alinéa 2, du code du travail, à défaut de toute autre règle conventionnelle spécifique.

La violation de l'ancien article 1134 du code civil et de l'accord d'entreprise France télévision du 28 mai 2013 alléguée n'est donc pas constituée.

En outre, en retenant que les critères cumulatifs du statut de cadre dirigeant, qui impliquent une autonomie et une indépendance importantes, n'étaient pas réunis, la cour d'appel a répondu aux conclusions de la salariée faisant valoir qu'elle “*assure la rubrique mode de l'émission Télématin depuis 2009 dans une grande autonomie*”.

Dans ces conditions et n'étant pas obligée de suivre l'intéressée dans le détail de son argumentation, il ne peut lui être reproché par la seconde branche du moyen un défaut de réponse à conclusions dans les conditions de l'article 455 du code de procédure civile.

Les deux branches du **troisième moyen** n'étant pas fondées, celui-ci ne pourra qu'être **rejeté**.

Il résulte de l'ensemble de ces éléments que **le pourvoi** n'étant pas de nature, en aucun de ses moyens, à entraîner la cassation, il devra être **rejeté en son entier**.

PROPOSITION

Rejet.