



INFORMATION relative au rapport du conseiller rapporteur

Le présent rapport a été établi par un magistrat de la Cour de cassation, désigné conseiller rapporteur, en vue d'instruire une affaire (le « pourvoi en cassation ») soumise à la Cour de cassation. Au vu de ce rapport et des autres documents de la procédure, et après en avoir délibéré dans une formation de jugement comportant plusieurs juges, la Cour de cassation a tranché l'affaire par un arrêt, également diffusé sur Judilibre. Ce rapport est un document de travail préparatoire établi, d'abord, à l'intention des magistrats du siège de la Cour appelés à trancher l'affaire. Ces magistrats sont des spécialistes de la question de droit examinée dans le rapport, qui n'a dès lors pas vocation à faire une présentation doctrinale de l'état du droit, mais à procéder à l'analyse de la procédure, des éléments de droit pertinents et des éventuels enjeux juridiques de l'affaire. Conformément au principe du contradictoire, ce document est également communiqué aux parties ou à leurs avocats, ainsi qu'à l'avocat général. Enfin, ce rapport fournit une analyse à l'issue de laquelle le conseiller rapporteur ne donne pas son avis, lequel est soumis au secret du délibéré. Le rapport est donc toujours complété par deux autres documents établis par le rapporteur à l'intention des autres magistrats de la formation de jugement : une note d'avis et le ou les projets d'arrêts qu'il a préparés. Ces documents ne sont pas accessibles sur Judilibre.

N° B2510842	1er décembre 2025	SO	
Décision attaquée : 27 novembre 2024 de la cour d'appel de Paris			

M. [Q] [P] C/ la société Arep	
rapporteur : Myriam Segond	RAPPORT

TABLEAU SYNOPTIQUE DU RAPPORTEUR

Identification du ou des points de droit à juger	Conséquences financières de la requalification du contrat de prestation de service en contrat de travail - Fixation du salaire - Assiette de calcul des indemnités de rupture
Appréciation de la question posée	Questions classiques (illustration de jurisprudence existante)
Proposition de rejet non spécialement motivé (art. 1014 CPC)	Quatrième moyen du pourvoi principal
Formation proposée (lorsque l'affaire n'est pas déjà audenciée)	☒ formation de section
En cas de publication de l'arrêt à rendre, intérêt de la diffusion du rapport sur Judilibre	☒ Oui
Nombre de projets d'arrêt préparés	☒ un projet d'arrêt

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [P] a été engagé par la société Arep, par contrats de prestation de service successifs à compter du 29 mai 2017, pour des missions d'assistance à la production d'études.

Par lettre du 22 mars 2019, la société Arep a mis fin à la relation contractuelle .

Le 9 mars 2020, M. [P] a saisi la juridiction prud'homale de demandes en requalification de ses contrats de prestation de service en contrat de travail à durée indéterminée et en paiement de diverses sommes.

Par **jugement du 20 juillet 2021** , le conseil de prud'hommes de Paris a débouté M. [P] de ses demandes ainsi que la société Arep de sa demande reconventionnelle.

Par **arrêt du 27 novembre 2024** , la cour d'appel de Paris a confirmé le jugement en ce qu'il a débouté M. [P] de ses demandes de rappel de salaire à temps plein, de dommages-intérêts pour perte des avantages collectifs et conventionnels liés au statut de salarié de la société Arep, de dommages-intérêts au titre du préjudice financier et moral relatif à la couverture sociale et de régularisation auprès des caisses et organismes sociaux des cotisations et charges sociales afférentes à son emploi salarié à compter du 29 mai 2017 et remise des fiches de paie conformes depuis cette date et en ce qu'il a débouté la société Arep de sa demande de condamnation de M. [P] à la restitution d'un indu du fait d'un écart entre le chiffre d'affaires réalisé et le salaire qu'il aurait perçu et de compensation judiciaire.

Infirmant le jugement pour le surplus, la cour d'appel a requalifié les contrats de prestation de service conclus à compter du 29 mai 2017 et jusqu'au 22 mars 2019 entre M. [P] et la société Arep en contrat de travail, dit que la rupture de la relation contractuelle du 22 mars 2019 produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et condamné la société Arep à payer à M. [P] les sommes de 8 538,20 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés, 23 304 euros à titre d'indemnité pour travail dissimulé, 11 652 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis, outre 1 165,20 euros de congés payés afférents, 4 525 euros au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement, 8 000 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et 12 000 euros à titre de dommages-intérêts pour perte du droit aux prestations de Pôle emploi.

C'est la décision attaquée par un **pourvoi de M. [P] formé le 27 janvier 2025.**

Procédure devant la Cour de cassation

Pourvoi	N° B2510842 Du 27 janvier 2025
Mémoire ampliatif	Déposé le 26 mai 2025 (article 700 CPC : 3 500 euros).
Mémoire en défense et pourvoi incident	- Mémoire en défense et pourvoi incident de la société Arep : déposé le 28 juillet 2025 (article 700 CPC : 3 500 euros).

La procédure semble régulière et l'affaire en état d'être jugée.

2 - Exposé des moyens

2.1 - POURVOI PRINCIPAL

2.1.1 - PREMIER MOYEN

Le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande de rappel de salaire à temps plein et de limiter à certaines sommes les condamnations de l'employeur à titre d'indemnité compensatrice de congés payés, d'indemnité pour travail dissimulé, d'indemnité compensatrice de préavis, outre congés payés afférents, d'indemnité conventionnelle de licenciement, de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et de dommages-intérêts pour perte du droit aux prestations de Pôle emploi, alors :

1 °/ qu'en cas de requalification d'un contrat de prestation de services en un contrat de travail de droit commun, les juges du fond doivent fixer le montant de la rémunération de l'intéressé au regard de l'accord des parties sur le prix de la prestation convenue ; que la cour d'appel, après avoir rappelé que « la société Arep soutient que le salaire de référence doit être fixé à celui qu'un chef de projet de l'âge de M. [P] aurait perçu, soit un salaire mensuel brut de 3 884 euros selon les grilles salariales de la société », a retenu que « la requalification de la relation contractuelle en contrat de travail, qui confère au prestataire le statut de salarié, a pour effet de replacer ce dernier 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 » et que « cette requalification ne permet pas de considérer que les stipulations par lesquelles les parties ont fixé un taux horaire par heure travaillée au titre d'une prestation de service correspondent au salaire horaire qui aurait été convenu dans le cadre d'un contrat de travail et donc de fonder un rappel de salaire sur la base des honoraires contractuels perçus en tant que prestataire de service », de telle sorte qu' « il convient donc de retenir que M. [P] aurait perçu un salaire brut mensuel de 3 884 euros » ; qu'en statuant ainsi, cependant qu'il lui appartenait de fixer le montant de la rémunération due à M. [P] en considération de la rémunération dont les parties avaient convenu dans le cadre du contrat de prestations de services et non en fonction de grilles salariales, la cour d'appel a violé l'article L. 1221-1 du code du travail ;

2 °/ qu'en toute hypothèse, en cas de requalification d'un contrat de prestations de services en un contrat de travail de droit commun, les juges du fond doivent fixer le montant de la rémunération de l'intéressé compte tenu des appointements qui lui ont été effectivement versés dans la cadre de la relation de travail ; qu'en retenant, après avoir rappelé que « la société Arep soutient que le salaire de référence doit être fixé à celui qu'un chef de projet de l'âge de M. [P] aurait perçu, soit un salaire mensuel brut de 3 884

euros selon les grilles salariales de la société », que « la requalification de la relation contractuelle en contrat de travail, qui confère au prestataire le statut de salarié, a pour effet de replacer ce dernier 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 » et que « cette requalification ne permet pas de considérer que les stipulations par lesquelles les parties ont fixé un taux horaire par heure travaillée au titre d'une prestation de service correspondent au salaire horaire qui aurait été convenu dans le cadre d'un contrat de travail et donc de fonder un rappel de salaire sur la base des honoraires contractuels perçus en tant que prestataire de service », de telle sorte qu' « il convient donc de retenir que M. [P] aurait perçu un salaire brut mensuel de 3 884 euros », cependant qu'il lui appartenait de fixer le montant de la rémunération due à M. [P] en considération des sommes qui lui avaient été effectivement versées en contrepartie de sa prestation de travail, la cour d'appel a violé l'article L. 1221-1 du code du travail ;

3°/ que tout jugement doit être motivé, à peine de nullité ; qu'en fixant ainsi, conformément à la demande de l'employeur, le montant de la rémunération de M. [P] en considération de grilles salariales de la société qui auraient éventuellement pu lui être appliquées s'il avait été embauché en qualité de chef de projet dans le cadre d'un contrat de droit commun, la cour d'appel a statué par une motivation hypothétique, en violation de l'article 455 du code de procédure civile.

2.1.2 - DEUXIÈME MOYEN (subsidaire)

Le salarié fait grief à l'arrêt de limiter à certaines sommes la condamnation de l'employeur à titre d'indemnité compensatrice de préavis, outre congés payés afférents, alors :

qu'en cas de requalification d'un contrat de prestations de services en un contrat de travail de droit commun, les juges du fond doivent fixer le montant de la rémunération de l'intéressé servant de base au calcul des indemnités de rupture compte tenu des appointements qui lui ont été effectivement versés dans le cadre de la relation de travail ; qu'en retenant que par l'effet de la requalification en contrat de travail, l'indemnité compensatrice de préavis devait « être calculée au regard des sommes que le salarié aurait perçues en application du statut du salarié qui lui est reconnu », quand il lui appartenait de fixer le montant de cette indemnité en considération des sommes qui avaient été effectivement versées à M. [P] en contrepartie de sa prestation de travail, la cour d'appel a violé les articles L. 1221-1, L. 1234-1 et L. 1234-5 du code du travail.

2.1.3 - TROISIÈME MOYEN (subsidaire au premier moyen)

Le salarié fait grief à l'arrêt de limiter à une certaine somme la condamnation de l'employeur à titre d'indemnité pour travail dissimulé, alors :

que l'indemnité pour travail dissimulé est une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire ; qu'en cas de requalification d'un contrat de prestations de services en un contrat de travail de droit commun, les juges du fond doivent donc fixer le montant de l'indemnité pour travail dissimulé due au salarié au regard des appointements qui lui ont été effectivement versés dans le cadre de la relation de travail ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a retenu que « le montant de l'indemnité pour travail dissimulé est calculé selon le salaire mensuel dû en application du statut de salarié qui lui est reconnu en raison de la requalification de la relation contractuelle en contrat de travail » ; qu'en statuant ainsi quant il lui appartenait de fixer le montant de l'indemnité pour travail dissimulé due à M. [P] en considération des sommes qui lui avaient été effectivement versées en contrepartie de sa

prestation de travail, la cour d'appel a violé les articles L. 1221-1 et L. 8223-1 du code du travail.

2.1.4 - QUATRIÈME MOYEN

Le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande tendant à ce qu'il soit jugé que la rupture prononcée par lettre du 22 mars 2019 produit les effets d'un licenciement nul et de sa demande en paiement d'une indemnité pour licenciement nul, alors :

1 °/ qu'aucun salarié ne peut être licencié en raison de son état de santé ; qu'en déboutant M. [P] de sa demande de nullité du licenciement pour discrimination en raison de l'état de santé quand elle avait elle-même constaté que la lettre de rupture de la relation de travail, en date du 22 mars 2019, faisait expressément référence à l'interruption de la prestation de travail du fait de l'indisponibilité de M. [P] « pour raison de santé », ce dont il résultait que la rupture revêtait un caractère discriminatoire pour avoir été prononcée, au moins partiellement, en raison de l'état de santé du salarié, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations de fait, a violé les articles L. 1132-1 et L. 1132-4 du code du travail, le premier texte en sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2022-401 du 21 mars 2022, ensemble l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ;

2 °/ qu'en toute hypothèse, lorsque le salarié présente des éléments de fait constituant selon lui une discrimination directe ou indirecte, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments, pris 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 ; qu'après avoir constaté que la lettre de rupture de la relation de travail, en date du 22 mars 2019, faisait expressément référence à l'interruption de la prestation de travail de M. [P] et à son « indisponibilité pour raisons de santé », la cour d'appel, pour écarter le caractère discriminatoire de la rupture, a retenu qu'« il résulte des termes du courrier du 22 mars 2019 que, si la société Arep fait état de ce qu'après l'interruption de l'exécution du contrat de prestation de service en cours du fait de l'absence de M. [P], ce dernier est arrivé à échéance, elle justifie l'absence de renouvellement du contrat par l'absence de nouvelles missions à confier à M. [P] », de sorte que « la rupture de la relation contractuelle n'a pas été décidée en raison de l'état de santé de M. [P] » ; qu'en statuant ainsi, sur le seul fondement des termes de la lettre de l'employeur prononçant la rupture de la relation des parties, laquelle n'est pas de nature, à elle seule, à exclure que la rupture ait été prononcée en raison, au moins partiellement, de l'état de santé de l'intéressé, la cour d'appel a statué par des motifs impropres à établir que la décision de l'employeur était justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination et a violé les articles L. 1132-1, L. 1132-4 et L. 1134-1 du code du travail, le premier texte en sa rédaction issue de la loi n° 2017-256 du 28 février 2017 et le deuxième en sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2022-401 du 21 mars 2022, ensemble l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ;

3 °/ qu'en toute hypothèse, tout jugement doit être motivé à peine de nullité ; qu'en statuant comme elle l'a fait, sans préciser sur quels éléments elle se fondait pour retenir que l'employeur justifiait par des éléments matériellement vérifiables, donc autrement que par la seule affirmation de la lettre de rupture de la relation de travail, l'absence de nouvelles missions à confier à M. [P], la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

2.2 - POURVOI INCIDENT

2.2.1 - PREMIER MOYEN

L'employeur fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande reconventionnelle tendant à la condamnation du salarié à la restitution de l'écart entre le chiffre d'affaires qu'il a réalisé et le salaire qu'il aurait perçu, et à ce que soit ordonnée la compensation judiciaire entre les sommes dues par les parties, alors :

que la requalification de la relation contractuelle doit replacer le prestataire dans la situation qui aurait été la sienne s'il avait été recruté dès l'origine dans le cadre d'un contrat de travail, et pas dans une situation plus favorable et elle ne saurait priver l'employeur qui lui a versé des sommes supérieures aux salaires qu'il aurait perçus du droit d'obtenir la restitution de la part de cette différence qui a été payée sans cause ; qu'il ressort des constatations de l'arrêt que les honoraires perçus par M. [P] étaient environ du double du salaire qu'il aurait perçu (6 787 euros contre 3 884 euros) ; que, pour refuser à la société Arep la restitution de cet écart, la cour d'appel a retenu que les sommes versées à M. [P] en sa qualité de prestataire de services devaient lui rester acquises comme étant destinées à compenser la situation dans laquelle il était conduit à devoir assumer diverses charges sociales, à ne pas percevoir de revenu en cas de période de congés et à ne pas être indemnisé de la décision de l'employeur de mettre fin à la relation contractuelle ; que cependant, en dehors du paiement des charges sociales (dont M. [P] n'a jamais justifié le montant), aucune perte résultant de cette situation n'avait à être compensée puisque la société Arep était, par ailleurs, condamnée à verser à M. [P] diverses sommes à titre d'indemnité compensatrice de congés payés pour l'ensemble de la période d'emploi, d'indemnité conventionnelle de licenciement et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ; qu'en incluant la rémunération des congés ainsi que le dédommagement de la rupture unilatérale du lien contractuel une première fois dans les honoraires qu'elle autorisait M. [P] à conserver dans leur intégralité et une seconde fois dans les condamnations prononcées à son profit, la cour d'appel a violé les articles 1302 et 1302-1 du code civil, ensemble les articles L.3141-1, L. 1234-9 et L. 1235-3 du code du travail.

2.2.2 - DEUXIÈME MOYEN

L'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer au salarié une somme à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement, alors :

1 °/ que la cour d'appel a déduit du fait que les entières sommes perçues par M. [P] en sa qualité de prestataire de services lui étaient définitivement acquises que c'est sur leur base, et non sur celle du salaire qu'il aurait reçu, qu'il fallait déterminer le montant de l'indemnité conventionnelle de licenciement ; que sa décision fera donc, en application de l'article 624 du code de procédure civile, l'objet d'une annulation par voie de conséquence de la cassation à intervenir sur la base du premier moyen ;

2 °/ qu'en toute hypothèse, la requalification de la relation contractuelle en contrat de travail, qui confère au prestataire le statut de salarié, a pour effet de replacer ce dernier 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 ; que les sommes dues par l'employeur à l'intéressé au titre de la rupture de la relation contractuelle doivent donc être calculées sur la base du salaire qui aurait été le sien ; qu'en déterminant le montant de l'indemnité conventionnelle de licenciement sur la base de la rémunération mensuelle moyenne perçue par M. [P] en qualité de prestataire, soit 6 787,50 euros, et non sur la base du salaire brut mensuel de référence qu'elle avait retenu pour examiner un éventuel rappel de

salaire et pour calculer l'indemnité pour travail dissimulé et l'indemnité compensatrice de congés payés, soit 3 884 euros, la cour d'appel a violé l'article L. 1234-9 du code du travail et l'article 19 de la convention collective nationale des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils dans sa version du 15 décembre 1987 applicable au litige.

2.2.3 - TROISIÈME MOYEN

L'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer au salarié une somme à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors :

1 °/ que la cour d'appel a déduit du fait que les entières sommes perçues par M. [P] en sa qualité de prestataire de services lui étaient définitivement acquises que c'est sur leur base, et non sur celle du salaire qu'il aurait reçu, qu'il fallait déterminer le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ; que sa décision fera donc, en application de l'article 624 du code de procédure civile, l'objet d'une annulation par voie de conséquence de la cassation à intervenir sur la base du premier moyen ;

2 °/ qu'en toute hypothèse, la requalification de la relation contractuelle en contrat de travail, qui confère au prestataire le statut de salarié, a pour effet de replacer ce dernier 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 ; que les sommes dues par l'employeur à l'intéressé au titre de la rupture de la relation contractuelle doivent donc être calculées sur la base du salaire qui aurait été le sien ; qu'en déterminant le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse sur la base de la rémunération mensuelle moyenne perçue par M. [P] en qualité de prestataire, soit 6 787,50 euros, et non sur la base du salaire brut mensuel de référence qu'elle avait retenu pour examiner un éventuel rappel de salaire et pour calculer l'indemnité pour travail dissimulé et l'indemnité compensatrice de congés payés, soit 3 884 euros, la cour d'appel a violé l'article L. 1235-3 du code du travail.

3 - Proposition de rejet non spécialement motivé

En application de l'article 1014 du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur certains griefs, qui sont irrecevables ou qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation, pour les raisons suivantes :

QUATRIÈME MOYEN DU POURVOI PRINCIPAL : **Le moyen n'est pas fondé** . Ayant constaté que si la lettre de rupture des relations contractuelles du 22 mars 2019 faisait état de ce qu'après l'interruption de l'exécution du contrat de prestation de service en cours du fait de l'absence de M. [P], ce dernier était arrivé à échéance, l'employeur justifiait l'absence de renouvellement du contrat par l'absence de nouvelles missions à confier à M. [P], la cour d'appel a pu en déduire, par une décision motivée, que la rupture de la relation contractuelle n'avait pas été décidée en raison de l'état de santé de M. [P].

L'article L. 1132-1 du code du travail prohibe toute mesure discriminatoire directe ou indirecte prise à l'encontre d'un salarié en raison notamment, parmi d'autres motifs illicites, de son état de santé.

L'article L. 1132-4 du même code précise que toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions du présent chapitre est nul.

Le régime probatoire de la discrimination est prévu par l'article L.1134-1 du même code, qui instaure une règle de preuve partagée.

Selon une jurisprudence constante (Soc., 26 avril 2000, pourvoi n° [98-42.643](#) , Bull., V, n° 151 ; Soc. 29 juin 2011, n° [10-14.067](#) et n° 10-15.792, Bull., V, n° 166), il résulte des articles L. 1132-1 et L. 1134-1 du code du travail que pour se prononcer sur l'existence d'une discrimination il appartient aux juges du fond :

1°) d'examiner la matérialité de tous les éléments invoqués par le salarié ;

2°) d'apprécier si les faits matériellement établis, pris dans leur ensemble, laissent supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ;

3°) dans l'affirmative, d'apprécier si l'employeur prouve que les agissements invoqués sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

La Cour de cassation vérifie que les juges ont examiné l'ensemble des éléments invoqués par le salarié (Soc., 29 juin 2011, précité ; Soc., 7 décembre 2016, pourvoi n° [14-29.301](#) ; Soc., 20 juin 2018, pourvoi n° [16-25.511](#)), la matérialité de ces éléments étant appréciée souverainement par les juges du fond (Soc. 23 novembre 2016, pourvoi n° [15-17.496](#)).

Elle exerce un contrôle dit « léger » sur les déductions que font les juges quant à l'existence ou non d'éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination (Soc., 31 mars 2021, pourvoi n° [19-21.646](#) ; Soc., 8 janvier 2020, pourvoi n° [18-21.226](#)).

Enfin les juges apprécient souverainement si l'employeur apporte des éléments objectifs étrangers à toute discrimination (Soc., 19 mai 2016, pourvoi n° [14-27.029](#) , Bull., V, n° 105 ; Soc., 11 mars 2020, pourvoi n° [19-12.223](#)), sous réserve toutefois de motifs propres à caractériser de tels éléments (Soc., 3 avril 2019, n° [18-10.414](#) ; Soc., 9 juin 2021, pourvoi n° [19-25.141](#) ; Soc., 12 juillet 2022, pourvoi n° [20-23.290](#)).

Pour un exemple de rejet d'un pourvoi contre un arrêt ayant écarté le caractère discriminatoire de la rupture du contrat en raison de l'état de santé :

« Mais attendu qu'après avoir relevé qu'aucune relation n'était mise en évidence entre la rupture et le fait que M. [L], médicalement apte à l'embauche en 2003 et apte après arrêt de travail pour maladie en 2007, ait eu des soucis de santé, la cour d'appel, qui a constaté qu'aucun élément ne permettait de dire que l'attitude de l'employeur avait été fautive dans le déroulement de la relation contractuelle, a pu en déduire l'absence d'éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination fondée sur l'état de santé du salarié ; que le moyen n'est pas fondé ; » (Soc., 25 janvier 2012, pourvoi n° [10-22.827](#))

4 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

En cas de requalification du contrat de prestation de service en contrat de travail de droit commun, le salaire doit-il être fixé au regard de l'accord des parties sur le prix de la prestation convenue et des sommes réellement perçues pendant l'exécution du contrat ? (*premier moyen du pourvoi principal*)

L'employeur peut-il prétendre à la restitution des sommes versées au prestataire de service en plus de ce qui aurait été versé s'il avait été salarié ? (*premier moyen du pourvoi incident*)

L'assiette de calcul des indemnités pour travail dissimulé et de rupture doit-elle être définie en fonction des salaires dus en application du statut de salarié ou des sommes réellement perçues pendant l'exécution du contrat de prestation de service ? (*deuxième et troisième moyens du pourvoi principal, deuxième et troisième moyens du pourvoi incident*)

5 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

5.1 - Sur la fixation du salaire dû en conséquence de la requalification (*premier moyen du pourvoi principal*)

Sous réserve du respect des règles légales sur le salaire minimum et des minima conventionnels, les parties fixent en principe librement le montant de la rémunération du salarié par le contrat de travail (Conseil constitutionnel, Décision n° 63-5 FNR du 11 juin 1963) :

« 1. Considérant **qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution « la loi détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales » et « du droit du travail »** ; **qu'au nombre de ces principes figure celui d'après lequel la fixation des rémunérations salariales ainsi que de leurs accessoires de toute nature relève des contrats librement passés entre employeurs et salariés** ; que toute limitation de portée générale apportée à ce principe par l'intervention de la puissance publique est donc du domaine de la loi ; qu'il appartient au pouvoir réglementaire de fixer dans le cadre de la loi, et sauf à ne pas en dénaturer l'esprit, le taux ou le montant des rémunérations ou des accessoires de salaires qu'elle institue, d'établir les conditions de leur attribution ainsi que de préciser les modalités de leur versement ; »

A défaut d'un accord contractuel, il incombe au juge de se prononcer sur la rémunération, contrepartie du travail du salarié (Soc., 20 octobre 1998, pourvoi n° [95-44.290](#) , Bull, V, n° 435).

La requalification de la relation contractuelle en contrat de travail 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 contrat de travail à durée indéterminée (Soc., 8 septembre 2021, pourvoi n° [19-16.152](#) ; Soc., 8 septembre 2021, n° [19-16.153](#) ; Soc., 18 janvier 2023, n° [20-16.807](#)).

En cas de requalification, il n'existe la plupart du temps pas d'accord de volonté sur le montant d'un salaire.

La Cour de cassation a progressivement dégagé une méthode permettant au juge de fixer le montant du salaire dû au salarié dont le contrat est requalifié.

Premièrement, le juge ne peut pas se fonder sur les stipulations par lesquelles les parties ont fixé un prix de la prestation de service qui ne constitue pas un salaire. Deuxièmement et à défaut d'autres éléments caractérisant un accord des parties sur le montant du salaire, le juge peut se fonder sur les minima salariaux conventionnels applicables à la qualification du salarié ou à défaut, le SMIC.

- **requalification d'un contrat de société en participation en contrat de travail** :

« Mais attendu que la participation aléatoire et inégalitaire aux bénéfices prévues par le contrat litigieux requalifié en contrat de travail ne pouvait constituer un salaire, de sorte qu'il incombait à la cour d'appel de déterminer le montant du salaire en prenant,

notamment, en considération l'importance des prestations de travail de M. [S] ; qu'elle a dès lors, légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ; »

(Soc., 10 juillet 2002, pourvoi n° [00-42.734](#))

- requalification d'une convention en contrat de travail de journaliste professionnel :

« 16. La cour d'appel a retenu à bon droit que la requalification de la relation contractuelle en contrat de travail avait pour effet de replacer le salarié dans la situation qui aurait été la sienne s'il avait été engagé en qualité de journaliste professionnel. **Elle a exactement décidé que le salaire de référence à retenir pour fixer les créances de rappel de salaire et les indemnités de rupture devait être déterminé en considération de la classification conventionnelle applicable aux journalistes illustrateurs de presse .**

17. Ayant relevé que l'employeur n'apportait aucun élément précis permettant de déterminer le montant du salaire auquel le salarié aurait pu prétendre compte tenu de son ancienneté et de sa qualité de journaliste professionnel ou de remettre en cause le bien-fondé des demandes de celui-ci, la cour d'appel, qui n'a pas inversé la charge de la preuve, a pu, sans avoir à préciser la position que le salarié aurait pu occuper dans la grille de classification conventionnelle et **sans qu'il résulte des énonciations de l'arrêt qu'elle se soit fondée sur les honoraires perçus par l'intéressé en tant que travailleur indépendant** , fixer le salaire de référence comme elle l'a fait.

18. Le moyen n'est donc pas fondé . » (Soc., 8 septembre 2021, pourvoi n° [19-16.152](#))

- requalification d'un contrat de journaliste pigiste en contrat à durée indéterminée :

« Vu les articles L. 1234-5, L. 1234-9, L. 1235-3, L. 7112-3 du code du travail et l'article 44 de la convention collective nationale des journalistes du 1er novembre 1976 ;

Attendu que pour fixer le salaire mensuel moyen à la somme de 538,44 euros, l'arrêt retient que la cour ne peut que constater une moyenne de salaire des trois derniers mois s'élevant à ladite somme ;

Attendu cependant que si l'employeur d'un journaliste pigiste employé comme collaborateur régulier est tenu de lui fournir régulièrement du travail sauf à engager la procédure de licenciement, il n'est pas tenu de lui fournir un volume de travail constant ; **qu'il en résulte qu'en cas de rupture du contrat de travail s'analysant en un licenciement, le salaire de référence pour déterminer le montant des indemnités de préavis et de congés payés ainsi que la somme due conformément aux dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail doit être fixée par application de l'article 44 de la convention collective nationale des journalistes du 1er novembre 1976 ;**

Qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; » (Soc., 21 septembre 2017, pourvoi n° [16-10.346](#) , Bull., V, n° 154 ; voir aussi : Soc., 21 septembre 2017, pourvoi n° [16-16.531](#) , Bull., V, n° 155 ; Soc., 4 décembre 2019, pourvoi n° [18-12.320](#))

- s'agissant, comme au cas d'espèce, de la requalification d'un contrat de prestation de service en contrat de travail :

« 7. La requalification d'un contrat de sous-traitance en contrat de travail ne permet pas de considérer que les stipulations par lesquelles les parties ont fixé un taux horaire par heure travaillée au titre d'une prestation de service correspondent au salaire horaire convenu .

8. En l'absence d'autres éléments permettant de caractériser un accord des parties sur le montant de la rémunération, la cour d'appel a pu retenir que le salaire de référence devait être déterminé en considération des dispositions de la convention collective applicable .

9. Le moyen n'est donc pas fondé . » (Soc., 2 février 2022, pourvoi n° [18-23.425](#))

Il a été admis que le juge puisse évaluer souverainement le salaire à un montant supérieur aux minima conventionnels compte tenu des fonctions exercées par le salarié :

« 19. Contrairement à ce que soutient le moyen, la cour d'appel n'a pas fixé le salaire de l'intéressé au regard des honoraires réglés en exécution des contrats de prestation de service requalifiés , mais a reconstitué, au regard des pièces du dossier, la rémunération qu'il aurait perçue s'il avait effectivement été salarié des sociétés du groupe Accentys et retenu qu'eu égard aux fonctions qu'il exerçait, il était en droit de percevoir une rémunération supérieure aux minima conventionnels dont elle a souverainement apprécié le montant .

20. Le moyen n'est donc pas fondé . » (Soc., 18 janvier 2023, n° [20-16.807](#))

Selon le doyen Schamber, dans son rapport sous Soc., 25 janvier 2017, pourvoi n° [15-23.367](#) , 15-23.169, Bull., V, n° 16 :

« Il est possible de faire le parallèle avec la jurisprudence qui s'est dégagée dans la chambre au sujet des conséquences de la requalification de contrats à durée déterminée irréguliers en une relation unique à durée indéterminée. Dans cette hypothèse, la chambre juge que par l'effet de la requalification, le salarié, réputé en contrat à durée indéterminée dès la première embauche, est fondé à prétendre à une reconstitution de sa carrière et à la régularisation de sa rémunération [...].

Mais la chambre n'admet pas que le salaire de référence soit fixé sur la base du contrat requalifié. C'est ce qui a été jugé en cas de requalification d'un contrat de travail intermittent (Soc. 19 mars 2014, n° 12-29.080) :

"Vu les articles L. 1245-1, L. 1221-1 du code du travail et 1134 du code civil ;

Attendu que pour fixer le salaire de référence à la somme de 7 124 euros et condamner la société France télévisions à verser à la salariée une certaine somme à titre de rappel de salaire, l'arrêt retient qu'il n'est pas possible de fixer un salaire de référence inférieur à celui perçu par elle entre 1989 et 1998 ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la requalification de la relation contractuelle qui confère au salarié le statut de travailleur permanent de l'entreprise a pour effet de replacer ce dernier 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, la cour d'appel, qui a accordé à la salariée un rappel de salaire sur la base du salaire contractuel qu'elle avait perçu en qualité d'intermittente, n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé les textes susvisés" . »

Cette solution en matière de requalification en contrats à durée indéterminée de contrats de travail intermittent, lesquels compensent les inconvénients liés à cette intermittence en prévoyant une rémunération nettement plus élevée qu'en droit commun, est désormais bien établie. Voir Soc., 19 mai 2010, pourvoi n° [09-41.464](#) ; 20 novembre 2012, n° [11-23.445](#) ; 19 mars 2014, n° [12-29.080](#) ; Soc., 3 décembre 2014, pourvoi n° [13-18.445](#) et 25 novembre 2020, n° [19-10.834](#)).

En l'espèce , la cour d'appel a statué comme suit :

« M. [P] soutient qu'il exerçait la fonction de chef de projet au sein de la société AREP. Il soutient que sa signature de courriel portait ce titre.

La société AREP soutient qu'il n'était pas chef de projet, qu'il n'était pas présenté sous ce titre dans le trombinoscope et que les prestations de production graphiques qu'il exécutait ne sont pas celles d'un chef de projet.

Toutefois, il résulte d'un courriel du 1^{er} juin 2018 adressé par M. [I], que ce dernier le présente comme le chef du projet en cause et qu'il ajoute que, si M. [P] devait être arrêté, il serait remplacé par un autre chef de projet.

En conséquence, il convient de retenir que M. [P] exerçait les fonctions de chef de projet.

M. [P] sollicite que soit retenu un salaire de référence calculé sur la base du tarif journalier de 360 euros HT fixé dans les contrats de prestation de service, soit 51,43 euros par heure ou 7 800,39 euros bruts par mois.

La société AREP soutient que le salaire de référence doit être fixé à celui qu'un chef de projet de l'âge de M. [P] aurait perçu, soit un salaire mensuel brut de 3 884 euros selon les grilles salariales de la société.

La requalification de la relation contractuelle en contrat de travail, qui confère au prestataire le statut de salarié, a pour effet de replacer ce dernier 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.

Cette requalification ne permet pas de considérer que les stipulations par lesquelles les parties ont fixé un taux horaire par heure travaillée au titre d'une prestation de service correspondent au salaire horaire qui aurait été convenu dans le cadre d'un contrat de travail et donc de fonder un rappel de salaire sur la base des honoraires contractuels perçus en tant que prestataire de service.

Il convient donc de retenir que M. [P] aurait perçu un salaire brut mensuel de 3 884 euros.

Dès lors, il sera débouté de sa demande de rappel de salaire à temps plein, la somme perçue en honoraires de la prestation de services étant supérieure au montant des salaires qui auraient été dus sur la période de travail. »

Le moyen , pris en ses première et deuxième branches , soutient qu'en cas de requalification d'un contrat de prestation de service en contrat de travail, les juges du fond doivent fixer le montant de la rémunération de l'intéressé au regard de l'accord des parties sur le prix de la prestation de service et, en toute hypothèse, compte tenu des appointements qui lui ont été effectivement versés dans le cadre de la relation de travail ;

qu'en fixant le salaire en fonction des grilles salariales, la cour d'appel a violé l'article L. 1221-1 du code du travail.

Pris en sa troisième branche, il reproche à la cour d'appel d'avoir statué par des motifs hypothétiques tirés de l'application de grilles salariales qui auraient éventuellement pu être appliquées à l'intéressé s'il avait été engagé en qualité de chef de projet.

5.2 - Sur la restitution des sommes indûment versées (*premier moyen du pourvoi incident*)

La requalification de la relation contractuelle en contrat de travail 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 contrat de travail à durée indéterminée (Soc., 8 septembre 2021, pourvoi n° [19-16.152](#) ; Soc., 8 septembre 2021, n° [19-16.153](#) ; Soc., 18 janvier 2023, n° [20-16.807](#)).

Il a été jugé, dans une affaire où un contrat de prestation de services avait été requalifié en contrat de travail, que l'employeur ne pouvait prétendre au remboursement des sommes versées à titre d'honoraires en contrepartie du travail versés au salarié sur le fondement de la répétition de l'indu lorsque la preuve n'était pas rapportée par l'employeur que ce qui avait été payé n'était pas dû :

« Attendu que le CESI fait encore grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande tendant à la répétition du surplus de rémunération versé au salarié en considération de son statut d'intervenant libéral, alors, selon le moyen, que le "solvens" est en droit de récupérer ce qu'il a indûment procuré à "l'accipiens", sans être tenu à aucune preuve, c'est-à-dire sans avoir à rapporter la preuve de son erreur lors des paiements ; qu'en l'espèce, l'action du CESI tendait à la récupération du surplus de rémunération indûment versé au salarié ; qu'ainsi, en se déterminant comme elle l'a fait, au motif que l'employeur ne rapportait pas la preuve de l'erreur commise lors des paiements, la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article 1377 du Code civil et, par refus d'application, les articles 1235 et 1376 du même Code ; alors, encore, qu'en ne recherchant pas, comme elle y était invitée si la requalification des relations des parties en contrat de travail n'avait pas eu pour effet de priver de cause et donc de faire apparaître comme indu, le surplus de rémunération alloué au salarié en considération de son seul statut d'intervenant libéral, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1235 et 1376 du Code civil ;

Mais attendu que si l'existence d'une erreur de celui qui a payé n'est pas une condition nécessaire de l'exercice de l'action en répétition de l'indu, il faut que la preuve soit rapportée que ce qui a été payé n'était pas dû ;

Et attendu que la cour d'appel, qui a relevé que la rémunération versée au salarié était la contrepartie de son travail et comprenait les congés payés, a fait ressortir qu'il n'était pas établi que les sommes versées au salarié ne lui étaient pas dues et que leur paiement était dépourvu de cause ; que, dès lors, abstraction faite d'un motif erroné mais surabondant, elle a légalement justifié sa décision ; que le moyen ne peut être accueilli ; » (Soc., 27 janvier 1998, pourvoi n° [95-41.473](#))

Ainsi, le simple fait que le travailleur ait perçu des honoraires supérieurs à ce qui aurait été versé s'il avait été salarié ne permet pas de considérer que ces honoraires versés par l'employeur n'auraient plus de cause et auraient été « indus ».

En effet, le salarié subira bien souvent un préjudice lié à l'absence de contrat de travail dont il aurait dû bénéficier puisqu'il aura notamment eu à acquitter des cotisations et charges sociales plus élevées liées au statut d'indépendant.

Il faut rappeler que si le statut social d'une personne s'impose de plein droit dès lors que sont réunies les conditions de son application, la décision administrative individuelle d'affiliation résultant de l'adhésion à des régimes autonomes s'oppose à ce que l'immatriculation au régime général mette rétroactivement à néant les droits et obligations nés de l'affiliation antérieure.

« Attendu qu'à la suite d'un contrôle, l'URSSAF a réintégré dans l'assiette des cotisations sociales dues par la société Etablissements Roon, pour la période du 1er avril 1990 au 31 mai 1992, les honoraires versés par celle-ci à M. [E], son ancien président-directeur général, avec qui elle avait conclu, en février 1990, un contrat suivant lequel il devait travailler à titre de consultant ; que l'arrêt attaqué a rejeté le recours de la société Etablissements Roon qui soutenait que l'affiliation ne pouvait être prononcée rétroactivement ;

Attendu que, pour décider de la sorte, l'arrêt énonce que, si M. [E] a cotisé aux différents régimes des non-salariés, il n'a perçu aucune prestation de l'assurance maladie de ces régimes, en application de l'article L. 615-7 du Code de la sécurité sociale, car il bénéficiait déjà d'une retraite du régime général, lequel lui versait lesdites prestations ;

*Qu'en statuant ainsi, alors que **si le statut social d'une personne est d'ordre public et s'impose de plein droit dès lors que sont réunies les conditions de son application, la décision administrative individuelle d'affiliation qui résultait de l'adhésion de M. [E] à des régimes autonomes s'opposait, qu'elle fût ou non fondée, et que l'assuré eût ou non perçu de ces régimes des prestations d'assurance maladie, à ce que l'immatriculation au régime général pût mettre rétroactivement à néant les droits et obligations nés de l'affiliation antérieure**, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; »* (Soc., 9 avril 1998, pourvoi n° [96-18.706](#), Bull. V, n° 209)

La chambre a précisé que l'affiliation en qualité de travailleur indépendant fait échec à l'affiliation rétroactive au régime général uniquement si elle ait été opérée à la fois à l'assurance maladie et à l'assurance vieillesse (Soc., 7 avril 1994, pourvoi n° [91-15.540](#), Bull. V N° 145).

Le salarié dont le contrat est requalifié ne pourra obtenir la régularisation de sa situation auprès des caisses et organismes sociaux ni le remboursement par l'employeur des charges sociales liées au statut de travailleur indépendant qu'il a acquittées : Soc., 24 mai 2018, pourvoi n° [16-19.896](#)

« Vu l'article L. 311-2 du code de la sécurité sociale ;

*Attendu que **pour condamner l'employeur à rembourser au salarié les charges sociales liées au statut de travailleur indépendant acquittées par ce dernier**, la cour d'appel retient que, compte tenu de la requalification de la relation entre les parties en contrat de travail, la demande de remboursement des charges sociales imposées à M. [H] et acquittées par lui en tant que travailleur indépendant est fondée en son principe et que la société STC Partners ne saurait s'y soustraire au motif que M. [H] a acquis des droits en contrepartie des versements effectués ;*

*Qu'en statuant ainsi alors que **si le statut social d'une personne est d'ordre public et s'impose de plein droit dès lors que sont réunies les conditions de son application, la décision administrative individuelle d'affiliation qui résultait de l'adhésion du salarié au régime des travailleurs indépendants s'opposait, qu'elle fût ou non fondée, à son affiliation rétroactive au régime général de la sécurité sociale pour la période en litige et à la perception des cotisations correspondantes**, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; »*

Comme précédemment, il est possible de faire le parallèle avec la jurisprudence qui s'est dégagée dans la chambre au sujet des conséquences de la requalification de contrats à durée déterminée irréguliers en une relation unique à durée indéterminée. Dans cette hypothèse, la chambre juge que les sommes déjà versées pour compenser la situation de précarité liée au CDD restent définitivement acquises au salarié. Il peut donc prétendre au paiement des primes spécifiques dues au salarié en CDI qui ont un autre objet :

*« 5. La requalification de la relation contractuelle en contrat à durée indéterminée qui confère au salarié le statut de travailleur permanent de l'entreprise a pour effet de replacer ce dernier 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. Il en résulte que **les sommes qui ont pu lui être versées en sa qualité « d'intermittent », destinées à compenser la situation dans laquelle il était placé du fait de son contrat à durée déterminée, lui restent acquises nonobstant une requalification ultérieure en contrat à durée indéterminée** .*

*6. Après avoir prononcé la requalification de la relation contractuelle et exactement énoncé que le salarié devait être replacé dans la situation qui aurait été la sienne s'il avait été recruté dès l'origine dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée, **la cour d'appel a décidé à bon droit qu'il pouvait prétendre à des rappels de primes d'ancienneté, de fin d'année et de sujétion, sans qu'il y ait lieu de tenir compte des sommes versées par l'employeur en exécution des divers contrats à durée déterminée au titre du salaire de base** .*

7. Le moyen n'est donc pas fondé . » (Soc., 8 février 2023, pourvoi n° [21-17.971](#) , publié ; et dans le même sens : Soc., 8 février 2023, pourvoi n° [21-10.270](#) , publié ; Soc., 8 juillet 2020, pourvoi n° [18-21.942](#) ; Soc., 30 mars 2005, pourvoi n° [03-42.667](#) , Bull., V, n° 106).

En l'espèce , la cour d'appel a statué comme suit :

« La requalification de la relation contractuelle en contrat de travail, qui confère au prestataire le statut de salarié, a pour effet de replacer ce dernier dans la situation qui aurait été la sienne s'il avait été recruté à l'origine dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée.

Il en résulte que les sommes qui ont pu lui être versées en sa qualité de prestataire de service destinées à compenser la situation dans laquelle il était conduit à devoir assumer diverses charges sociales, à ne pas percevoir de revenu en cas de période de congés et à ne pas être indemnisé de la décision de l'employeur de mettre fin à la relation contractuelle, lui restent acquises nonobstant une requalification ultérieure en contrat de travail.

Dès lors, il y a lieu de confirmer le jugement en ce qu'il a débouté la société AREP de sa demande de condamnation de M. [P] à la restitution d'un indu du fait d'un écart entre le

chiffre d'affaires réalisé et le salaire qu'il aurait perçu et de compensation judiciaire. »

Le moyen soutient que la requalification de la relation contractuelle doit replacer le prestataire dans la situation qui aurait été la sienne s'il avait été recruté dès l'origine dans le cadre d'un contrat de travail, et pas dans une situation plus favorable et elle ne saurait priver l'employeur qui lui a versé des sommes supérieures aux salaires qu'il aurait perçus du droit d'obtenir la restitution de la part de cette différence qui a été payée sans cause. Il fait valoir que ces sommes ne peuvent venir compenser la non-prise des congés payés et la perte de l'emploi qui ont fait l'objet d'une indemnisation spécifique. Qu'en incluant la rémunération des congés ainsi que le dédommagement de la rupture unilatérale du lien contractuel une première fois dans les honoraires qu'elle autorisait M. [P] à conserver dans leur intégralité et une seconde fois dans les condamnations prononcées à son profit, la cour d'appel a violé les articles 1302 et 1302-1 du code civil, ensemble les articles L. 3141-1, L. 1234-9 et L. 1235-3 du code du travail.

5.3 - Sur l'indemnité compensatrice de préavis (*deuxième moyen du pourvoi principal*)

Selon l'article L. 1234-5 du code du travail, le salarié qui n'exécute pas le préavis, notamment en cas de dispense de l'employeur, a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité compensatrice, laquelle n'entraîne aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait exécuté son travail jusqu'au terme du préavis, indemnité de congé payé incluse.

« Mais attendu que l'indemnité due au salarié est égale au salaire brut, assujetti au paiement par l'employeur des cotisations sociales, que le salarié aurait reçu s'il avait travaillé pendant la durée du délai-congé ; d'où il suit que le moyen est inopérant ; » (Soc., 21 février 1990, pourvoi n° [85-43.285](#), Bull. V n° 79)

Le salarié a donc droit à l'ensemble des éléments de salaire qui auraient été dus en cas d'exécution du préavis :

- une augmentation salariale appliquée pendant la durée du préavis,
- des primes d'objectif ou des actions gratuites définitivement attribuées pendant le préavis (Soc., 17 mai 2017, n° [15-20.094](#), Bull. V, n° 85)
- les heures supplémentaires habituellement exécutées, qui constituent un élément stable de rémunération sur lequel le salarié peut compter (Soc., 20 avril 2005, n° [04-45.683](#), Bull. V, n° 151) ;
- les jours de réduction de temps de travail qui auraient été acquis pendant l'exécution du préavis (Soc., 8 avril 2009, pourvoi n° [07-44.068](#), Bull., V, n° 114).

Pour tenir compte de l'ensemble des éléments de rémunération, l'indemnité compensatrice de préavis peut, selon les éléments de la cause, être calculée selon une moyenne annuelle de salaire :

« Mais attendu d'une part qu 'ayant relevé que la rémunération du salarié était composée d'une partie fixe et d'une partie proportionnelle aux résultats obtenus, la cour d'appel a pu se référer à la moyenne annuelle de la rémunération du salarié ;

Attendu d'autre part, qu'il résulte des conclusions du salarié que la demande d'un complément de treizième mois était la conséquence de celle relative à l'indemnité de préavis ; d'où il suit que le moyen ne saurait être accueilli ; » (Soc., 7 février 1990, n° [86-43.413](#) , Bull., V n° 50).

Et il faut tenir compte de l'ensemble des conséquences, légales ou conventionnelles, résultant de la requalification en CDI sur la rémunération du salarié au regard du statut qui lui est ainsi reconnu de façon rétroactive :

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

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

20. La requalification de la relation contractuelle en contrat à durée indéterminée qui confère au salarié le statut de travailleur permanent de l'entreprise a pour effet de replacer ce dernier 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.

21. Pour condamner l'employeur au paiement d'une certaine somme à titre d'indemnité

compensatrice de préavis, l'arrêt retient que le salaire moyen perçu dans le cadre des contrats à durée déterminée est de 5 637 euros et qu'au vu des pièces versées aux débats et en application de l'accord d'entreprise TV5 Monde cette indemnité doit être fixée à 16 911 euros à laquelle s'ajoute 1 691 euros de congés payés.

22. En statuant ainsi, au regard des salaires perçus pendant l'exécution des contrats à durée déterminée, alors que, par l'effet de la requalification en contrat à durée indéterminée, l'indemnité de préavis devait être calculée au regard des sommes que le salarié aurait perçues en application du statut de travailleur permanent qui lui avait été reconnu , la cour d'appel a violé les textes susvisés. » (Soc., 8 février 2023, pourvoi n° [21-17.971](#) , publié)

En l'espèce , la cour d'appel a statué comme suit :

« Selon les articles L. 1234-1 et L. 1234-5 du code du travail, l'indemnité compensatrice de préavis due au salarié est égale au montant des salaires qu'il aurait perçus s'il avait travaillé pendant la durée du préavis.

Par l'effet de la requalification en contrat de travail, cette indemnité doit être calculée au regard des sommes que le salarié aurait perçues en application du statut de salarié qui lui est reconnu.

La somme due à ce titre sera fixée à 11 652 euros et 1 165,20 euros de congés payés afférents. »

Le moyen soutient qu'en cas de requalification d'un contrat de prestation de service en contrat de travail de droit commun, les juges du fond doivent fixer le montant de la rémunération de l'intéressé servant de base au calcul des indemnités de rupture compte tenu des appointements qui lui ont été effectivement versés dans le cadre de la relation de travail ; qu'en retenant que l'indemnité compensatrice de préavis devait être calculée au regard des sommes que le salarié aurait perçues en application du statut de salarié qui lui

est reconnu, la cour d'appel a violé les articles L. 1221-1, L. 1234-1 et L. 1234-5 du code du travail.

5.4 - Sur l'indemnité conventionnelle de licenciement (*deuxième moyen du pourvoi incident*)

Selon l'article L. 1234-9 du code du travail, le salarié licencié alors qu'il compte une ancienneté d'au moins huit mois au service du même employeur a droit, sauf en cas de faute grave ou lourde, à une indemnité de licenciement. Cette indemnité calculée en fonction de la rémunération brute du salarié est déterminée par voie réglementaire.

L'article R. 1234-1 du code du travail dispose que cette indemnité ne peut être inférieure à une somme calculée par année de service dans l'entreprise, tenant compte des durées de service accomplies au-delà des années pleines. En cas d'année incomplète, l'indemnité est calculée proportionnellement au nombre de mois complets.

Conformément à l'article R. 1234-2 du même code, l'indemnité de licenciement ne peut être inférieure aux montants suivants :

- un quart de mois de salaire par année d'ancienneté jusqu'à dix ans,
- un tiers de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années à partir de dix ans.

En application de l'article R. 1234-4, le salaire à prendre en compte pour le calcul de l'indemnité de licenciement est, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié :

- soit la moyenne des douze derniers mois précédant le licenciement, ou lorsque la durée de service du salarié est inférieure à douze mois, la moyenne mensuelle de la rémunération de l'ensemble des mois précédant le licenciement,
- soit le tiers des trois derniers mois. Dans ce cas, toute prime ou gratification de caractère annuel ou exceptionnel, versée pendant cette période, n'est prise en compte que dans la limite d'un montant calculé à due proportion.

En cas de suspension du contrat de travail pour cause de maladie, le salaire de référence à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité de licenciement est selon la formule la plus avantageuse, celui des douze ou des trois derniers mois précédant l'arrêt de travail pour maladie (Soc. 23 mai 2017, n° [15-22.223](#) , Bull. V, n° 90).

Les avantages suivants doivent, par exemple, être inclus dans l'assiette de l'indemnité de licenciement :

- rappel de salaire correspondant à la période de référence (Soc., 30 avril 2003, n° [00-44.789](#)), mais pas un rappel de commission versé pendant la période de référence correspondant en réalité à des droits acquis auparavant (Soc., 13 mars 1990, n° [87-41.500](#)) ;
- pourboires, lorsque ceux-ci sont centralisés par l'employeur (Soc., 21 février 1980, n° [78-41.528](#) , Bull. V, n° 174).

Le calcul est fait au regard des sommes définitivement acquises au salarié correspondant à la période de référence :

« 10. La requalification de la relation contractuelle en contrat à durée indéterminée qui confère au salarié le statut de travailleur permanent de l'entreprise a pour effet de replacer ce dernier 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. **Il en résulte que les sommes qui ont pu lui être versées en sa qualité « d'intermittent » destinées à compenser la situation dans laquelle il était placé du fait de son contrat à durée déterminée, lui restent acquises nonobstant une requalification ultérieure en contrat à durée indéterminée.**

11. Selon l'article I/8.3 de l'accord d'entreprise TV5 Monde du 28 décembre 2012 la rémunération prise en compte pour le calcul de l'indemnité de licenciement est, selon le calcul le plus avantageux, la moyenne des rémunérations brutes perçues au cours des douze derniers mois ou celle des trois derniers mois.

12. Selon l'article L. 1235-3 du code du travail, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1397 du 22 septembre 2017, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, et si l'une des parties refuse la réintégration du salarié, le juge octroie une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre les montants minimaux et maximaux exprimés en mois de salaire brut dans les tableaux prévus par ce texte.

13. La cour d'appel, qui, **pour déterminer le montant des indemnités conventionnelle de licenciement et pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, a pris en compte les sommes perçues par le salarié au titre du salaire de base brut « d'intermittent » qui lui étaient définitivement acquises, a fait l'exacte application des deux textes susvisés.**

14. Le moyen n'est donc pas fondé. » (Soc., 8 février 2023, pourvoi n° [21-17.971](#) , publié).

Le salarié peut prétendre, en application d'un accord collectif, à une indemnité conventionnelle de licenciement si celle-ci est plus favorable, sans possibilité de cumul avec un avantage qui aurait le même objet ou la même cause.

« Vu les articles L. 122-9 et R. 122-2 du Code du travail ;

Attendu que l'arrêt a condamné l'employeur au paiement d'une somme à titre de rappel de l'indemnité légale, d'indemnité conventionnelle et d'indemnité contractuelle de licenciement ;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'indemnité légale de licenciement ne se cumule pas avec l'indemnité conventionnelle et contractuelle de licenciement, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; » (Soc., 15 octobre 1997, pourvoi n° [95-41.168](#))

En l'espèce , la cour d'appel a statué comme suit :

« M. [P] soutient, sans être contredit sur ce point par la société AREP, qu'à la date de fin du préavis, soit le 22 juin 2019, il aurait eu deux ans d'ancienneté et qu'ainsi, il aurait eu droit à l'indemnité conventionnelle de licenciement.

M. [P] soutient que l'indemnité de licenciement doit être calculée sur la base du tarif journalier de 360 euros HT fixé dans les contrats de prestation de service, soit 51,63 euros par heure ou 7 800,39 euros bruts par mois.

La société AREP soutient que le salaire à prendre en compte est celui que M. [P] aurait perçu dans le cadre d'un contrat de travail.

Aux termes de l'article 19 de la convention collective nationale des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils du 15 décembre 1987 :

" L'indemnité de licenciement se calcule en mois de rémunération sur les heures suivantes :

Après 2 ans d'ancienneté, 1/3 de mois par année de présence de l'ingénieur ou du cadre sans pouvoir excéder un plafond de 12 mois.

Le mois de rémunération s'entend dans le cas particulier comme 1/12 de la rémunération des 12 derniers mois précédant la notification de la rupture du contrat de travail, cette rémunération incluant les primes prévues par les contrats de travail individuels et excluant les majorations pour heures supplémentaires au-delà de l'horaire normal de l'entreprise et les majorations de salaire ou indemnités liées à un déplacement ou un détachement. Pour les années incomplètes, l'indemnité de licenciement est calculée proportionnellement au nombre de mois de présence. "

Les sommes qui ont pu être versées à M. [P] en sa qualité de prestataire de service destinées à compenser la situation dans laquelle il était conduit à devoir assumer diverses charges sociales, à ne pas percevoir de revenu en cas de période de congés et à ne pas être indemnisé de la décision de l'employeur de mettre fin à la relation contractuelle, lui restent acquises, nonobstant une requalification ultérieure en contrat de travail.

Il convient, dès lors, pour déterminer le montant de l'indemnité conventionnelle de licenciement, de prendre en compte les sommes perçues par M. [P] en sa qualité de prestataire de service, qui lui restent définitivement acquises.

Le salaire de référence à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement est celui précédant l'arrêt de travail pour maladie.

Le 1/12 de la rémunération perçue par M. [P] lors des 12 derniers mois précédant l'arrêt maladie s'établit à 6 787,50 euros.

L'indemnité conventionnelle de licenciement sollicitée par M. [P] doit être fixée à la somme de 4 525 euros. »

Le moyen soutient, en sa première branche , une cassation par voie de conséquence de la cassation à intervenir sur le premier moyen.

Pris en sa seconde branche , il soutient que la requalification de la relation contractuelle en contrat de travail, qui confère au prestataire le statut de salarié, a pour effet de replacer ce dernier 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 ; que les sommes dues par l'employeur à l'intéressé au titre de la rupture de la relation contractuelle doivent donc être calculées sur la base du salaire qui aurait été le sien ; qu'en retenant un salaire de référence sur la base de la rémunération mensuelle moyenne perçue par M. [P] en qualité de prestataire, la cour d'appel a violé l'article L. 1234-9 du code du travail et l'article 19 de la convention collective nationale des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils dans sa version du 15 décembre 1987 applicable au litige.

Il cite l'arrêt du 8 septembre 2021 précité, aux termes duquel la Cour de cassation a dit que la cour d'appel avait à bon droit retenu que la requalification de la relation contractuelle en contrat de travail avait pour effet de replacer le salarié dans la situation qui aurait été la sienne s'il avait été engagé en qualité de journaliste professionnel et qu'elle avait exactement décidé que « *le salaire de référence à retenir pour fixer les créances de rappel de salaire et les indemnités de rupture* » devait être déterminé en considération de la classification conventionnelle applicable aux journalistes illustrateurs de presse (Soc., 8 septembre 2021, pourvoi n° [19-16.152](#)).

5.5 - Sur l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (*troisième moyen du pourvoi incident*)

L'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse a pour objet de réparer le préjudice résultant de la perte injustifiée de l'emploi (Soc., 23 novembre 2022, pourvoi n° [21-12.873](#) , publié)

Selon l'article L. 1235-3, alinéa 2, du code du travail, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1397 du 22 septembre 2017 modifiée par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, et si l'une des parties refuse la réintégration du salarié, le juge octroie une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre les montants minimaux et maximaux fixés dans les tableaux prévus par ce texte. Le tableau applicable est fonction de l'effectif de l'entreprise. Un barème spécifique est appliqué aux entreprises qui emploient habituellement moins de onze salariés pour ceux de leurs salariés jusqu'à dix ans d'ancienneté.

Les minima et maxima sont déterminés en fonction de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise et sont exprimés en mois de salaire brut (Soc., 15 décembre 2021, pourvoi n° [20-18.782](#) , publié).

S'agissant de la définition des conditions d'ancienneté et des éléments de rémunération à prendre en compte, on peut penser que les solutions acquises sous l'empire des anciens textes sont transposables.

En revanche, le nouvel article L. 1235-3 du code du travail ne prévoit plus de condition quant à la période de rémunération à prendre en compte (six derniers mois de salaire dans le texte ancien). Dans ces conditions on peut penser que le calcul de la rémunération de référence pourrait être effectué dans les mêmes conditions que pour l'indemnité de licenciement.

Le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse est souverainement apprécié par les juges du fond. Il leur appartient seulement d'apprécier la situation concrète du salarié pour déterminer le montant de l'indemnité due entre les montants minimaux et maximaux qui y sont prévus (Soc., 11 mai 2022, pourvoi n° [21-14.490](#) , publié ; Soc., 1er février 2023, pourvoi n° [21-21.011](#) ; Soc., 11 octobre 2023, pourvoi n° [21-24.857](#) ; Soc., 18 octobre 2023, pourvoi n° [22-12.462](#))

Le calcul est fait au regard des sommes définitivement acquises au salarié correspondant à la période de référence :

« 10. La requalification de la relation contractuelle en contrat à durée indéterminée qui confère au salarié le statut de travailleur permanent de l'entreprise a pour effet de replacer ce dernier 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. Il en résulte que les sommes qui ont pu lui être versées en sa qualité « d'intermittent » destinées à compenser la situation dans laquelle il était placé du fait de son contrat à durée déterminée, lui restent acquises nonobstant une requalification ultérieure en contrat à durée indéterminée.

11. Selon l'article I/8.3 de l'accord d'entreprise TV5 Monde du 28 décembre 2012 la rémunération prise en compte pour le calcul de l'indemnité de licenciement est, selon le calcul le plus avantageux, la moyenne des rémunérations brutes perçues au cours des douze derniers mois ou celle des trois derniers mois.

12. Selon l'article L. 1235-3 du code du travail, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1397 du 22 septembre 2017, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, et si l'une des parties refuse la réintégration du salarié, le juge octroie une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre les montants minimaux et maximaux exprimés en mois de salaire brut dans les tableaux prévus par ce texte.

13. La cour d'appel, qui, **pour déterminer le montant des indemnités conventionnelle de licenciement et pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, a pris en compte les sommes perçues par le salarié au titre du salaire de base brut « d'intermittent » qui lui étaient définitivement acquises, a fait l'exacte application des deux textes susvisés.**

14. Le moyen n'est donc pas fondé. » (Soc., 8 février 2023, pourvoi n° [21-17.971](#) , publié).

En l'espèce , la cour d'appel a statué comme suit :

« Selon l'article L. 1235-3 du code du travail, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1397 du 22 septembre 2017, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, et si l'une des parties refuse la réintégration du salarié, le juge octroie une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre les montants minimaux et maximaux exprimés en mois de salaire brut dans les tableaux prévus par ce texte.

Les sommes qui ont pu être versées à M. [P] en sa qualité de prestataire de service destinées à compenser la situation dans laquelle il était conduit à devoir assumer diverses charges sociales, à ne pas percevoir de revenu en cas de période de congés et à ne pas être indemnisé de la décision de l'employeur de mettre fin à la relation contractuelle, lui restent acquises nonobstant une requalification ultérieure en contrat de travail.

Il convient, dès lors, pour déterminer le montant de l'indemnité prévue par l'article L. 1235-3 du code du travail, de prendre en compte les sommes perçues par M. [P] en sa qualité de prestataire de service, qui lui étaient définitivement acquises.

L'ancienneté du salarié à prendre en compte pour l'application de l'article L. 1235-3 du code du travail s'apprécie au jour de la rupture du contrat de travail.

M. [P] n'ayant pas deux années complètes d'ancienneté au 22 mars 2019, le montant de l'indemnité à laquelle il peut prétendre est compris entre 1 et 2 mois de salaire.

Au vu de son ancienneté, de son âge et de sa capacité à trouver un nouvel emploi, il convient d'évaluer son préjudice à 8 000 euros. »

Le moyen soutient, en sa première branche , une cassation par voie de conséquence de la cassation à intervenir sur le premier moyen.

Pris en sa seconde branche , il soutient que la requalification de la relation contractuelle en contrat de travail, qui confère au prestataire le statut de salarié, a pour effet de replacer ce dernier 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 ; que les sommes dues par l'employeur à l'intéressé au titre de la rupture de la relation contractuelle doivent donc être calculées sur la base du salaire qui aurait été le sien ; qu'en retenant un salaire de référence sur la base de la rémunération mensuelle moyenne perçue par M. [P] en qualité de prestataire, la cour d'appel a violé l'article L. 1235-3 du code du travail.

5.6 - Sur l'indemnité pour travail dissimulé (troisième moyen du pourvoi principal)

Conformément à l'article L. 8223-1 du code du travail, en cas de travail dissimulé, le salarié dont le contrat de travail est rompu peut prétendre à une indemnité forfaitaire d'un montant égal à six mois de salaire.

Cette indemnité n'est due qu'en cas de rupture du contrat de travail (Soc., 2 mars 2016, n° [14-15.611](#)), quelle qu'en soit la nature, mais pas en cas de transfert de plein droit du contrat de travail à un autre employeur (Soc., 17 décembre 2013, n° [12-13.503](#) , Bull. V, n° 307).

L'octroi de cette indemnité forfaitaire n'exclut pas la réparation par l'employeur des manquements à ses obligations :

« Vu l'article L. 8223-1 du code du travail ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. [M] a, sans être déclaré, été employé en qualité d'auxiliaire de vie par [J] [V] du 2 août au 26 novembre 2002, date à laquelle il a été congédié verbalement à la suite de l'hospitalisation de son employeur, qui est décédé le 8 février 2003 ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale d'une demande formée contre les héritiers du défunt en paiement de diverses indemnités au titre tant de l'exécution que de la rupture de son contrat de travail ;

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande de dommages-intérêts pour privation du droit à l'allocation chômage d'aide au retour à l'emploi et pour privation du droit au bénéfice d'indemnités journalières pour la période du 14 au 28 mars 2004, l'arrêt, après avoir alloué à l'intéressé l'indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire prévue par l'article L. 324-11-1 du code du travail, devenu L. 8223-1, retient que cette indemnité est destinée, notamment, à compenser les conséquences dommageables du défaut de déclaration du salarié aux organismes sociaux, en particulier pour les droits à allocation de chômage et les indemnités journalières ;

Attendu cependant qu' indépendamment de la sanction civile prévue par l'article L. 8223-1 du code du travail, tout salarié a droit à l'indemnisation du préjudice lié à la faute de l'employeur dans l'exécution de ses obligations ;

D'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; »
(Soc., 14 avril 2010, pourvoi n° [08-43.124](#) , Bull., V, n° 101).

Cette indemnité forfaitaire, qui a un caractère indemnitaire, n'est pas soumise à cotisations sociales :

*« Mais attendu que l'**indemnité forfaitaire prévue par l'article L. 324-11-1 du code du travail, qui répare le préjudice subi par le salarié du fait du travail dissimulé, a un caractère indemnitaire** ; que la cour d'appel en a exactement déduit, sans encourir les griefs du moyen, que **les sommes versées à ce titre aux salariés n'étaient pas soumises à cotisations sociales** ; »* (Soc., 20 février 2008, n° [06-44.964](#) , Bull. V, n° 42).

En l'espèce , la cour d'appel a statué comme suit :

« L'article L. 8221-1 du code du travail prohibe le travail totalement ou partiellement dissimulé défini par l'article L. 8221-3 du même code relatif à la dissimulation d'activité ou exercé dans les conditions de l'article L. 8221-5 du même code relatif à la dissimulation d'emploi salarié.

La dissimulation d'emploi salarié prévue par ces textes n'est caractérisé que s'il est établi que l'employeur a agi de manière intentionnelle.

En l'espèce, l'employeur s'est soustrait à l'accomplissement de la formalité relative à la déclaration préalable à l'embauche, à la délivrance de bulletins de paie ainsi qu'aux déclarations relatives aux salaires et cotisations sociales assises sur ceux-ci ou de l'administration fiscale.

Le salarié fait état d'une alerte des représentants du personnel sur un usage excessif du recours à des prestataires de service.

Quoique antérieure de quelques années à l'embauche de M. [P], il résulte de cette alerte et de la circonstance que la société AREP a guidé M. [P] dans son inscription en tant que travailleur indépendant que cette dernière a, en toute connaissance de cause, omis de procéder aux formalités ci-dessus précitées.

Aux termes de l'article L. 8223-1 du code du travail, en cas de rupture de la relation de travail, le salarié auquel un employeur a recours dans les conditions de l'article L. 8221-3 ou en commettant les faits prévus à l'article L. 8221-5 a droit à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire.

Le montant de l'indemnité pour travail dissimulé est calculé selon un salaire mensuel dû en application du statut de salarié qui lui est reconnu en raison de la requalification de la relation contractuelle en contrat de travail.

Par conséquent, M. [P] est fondé à obtenir paiement d'une indemnité égale à six mois de salaire, soit la somme de 23 304 euros. »

Le moyen soutient que l'indemnité pour travail dissimulé est une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire ; qu'en cas de requalification d'un contrat de prestation de service en contrat de travail de droit commun, les juges du fond doivent donc fixer le montant de l'indemnité pour travail dissimulé due au salarié au regard des appointements qui ont été effectivement versés à ce dernier dans le cadre de la relation de travail ; qu'en retenant que cette indemnité est calculée selon le salaire mensuel dû en application du statut de salarié qui lui est reconnu, la cour d'appel a violé les articles L. 1221-1 et L. 8223-1 du code du travail.

