



**AVIS DE M. JUAN,
AVOCAT GÉNÉRAL**

Arrêt n° 645 du 19 juin 2024 (B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 23-10.783

Décision attaquée : Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 18 juin 2021

Mme [I] [S]

C/

la société Euromed cardio

Faits et procédure

Le 04 septembre 2017 Madame [I] [S], infirmière DE, a été recrutée en contrat à durée indéterminée (CDI) par la société Euromed Cardio, après avoir bénéficié de trois contrats à durée déterminée (CDD) respectivement du 18 au 31 mai 2017, du 1^{er} au 30 juin 2017 et du 1^{er} au 30 août 2017, en remplacement de salariés absents.

Le 15 septembre 2017 l'employeur a mis fin à la période d'essai de 2 mois stipulée au contrat. Le 18 juin 2018, elle a saisi la juridiction prud'homale aux fins de requalification des CDD en CDI, de nullité de la rupture de la période d'essai et d'indemnités diverses.

Le 06 mars 2019, elle a été débouté de sa demande de requalification des contrats par le conseil de prud'hommes de Marseille, qui a dit par ailleurs que la période d'essai contenue dans le CDI lui est inopposable, a prononcé la nullité de la rupture de la période d'essai pour cause de l'état de grossesse de l'intéressée et a condamné la société Euromed à diverses indemnités.

Le 18 juin 2021 la cour d'appel d'Aix en Provence a infirmé le jugement dans les limites de l'appel et débouté Madame [S] de toutes ses demandes.

Le 17 janvier 2023, cette dernière a diligenté un pourvoi qui développe trois moyens de cassation.

Le 1^{er} moyen fait grief à l'arrêt attaqué de l'avoir déboutée de sa demande de confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a dit et jugé que la période d'essai contenue dans le contrat de travail à durée indéterminée lui était inopposable, ainsi que de ses demandes pour non-respect de la procédure de licenciement, au titre du préavis, au titre des congés payés sur préavis, au titre d'un licenciement nul ou, à tout le moins, dépourvu de cause réelle et sérieuse et au titre d'un licenciement brutal et vexatoire.

Il est reproché à la cour d'appel une violation des articles L. 1221-20 et L. 1243-11 du code du travail, en jugeant d'une part, la période d'essai opposable à la salariée, alors que l'employeur avait déjà pu apprécier ses qualités professionnelles dans le cadre des trois CDD accomplis antérieurement (branches 1 à 3) et en ne déduisant pas d'autre part, la totalité des périodes d'activités de la période d'essai stipulée (branches 4 et 5).

Le 2^e moyen subsidiaire, fait grief à l'arrêt de l'avoir déboutée de sa demande de réparation pour les préjudices professionnel, moral et financier subis.

Il est reproché à la cour d'appel une violation des articles L. 1225-1 et L. 1225-3 du code du travail, au motif tiré que la salariée sollicitait la nullité de la rupture de l'essai, puis retenu que, concernant les salariées en période d'essai, l'inobservation des dispositions susvisées était sanctionnée par l'octroi de dommages-intérêts et non par la nullité de la rupture .

Le 3^e moyen plus subsidiaire, fait grief à l'arrêt de l'avoir déboutée de sa demande de confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a prononcé la nullité de la rupture de la période d'essai ayant pour cause son état de grossesse, ainsi que de sa demande de réparation pour les préjudices professionnel, moral et financier subis,

Il est reproché à la cour d'appel une modification de l'objet du litige en violation de l'article 4 du code de procédure civile, en faisant application au litige des dispositions des articles des articles L. 1232-1 et L. 1234-1 du code du travail concernant les discrimination que les parties n'avaient pas invoquées (1^{ère} branche) et sans les inviter à présenter leurs observations sur ce point en violation de l'article 16 du code de procédure civile. (2^{ème} branche).

Il est également invoqué une violation des articles L. 1232-1 et L. 1234-1 du code du travail pour avoir écarté toute discrimination en raison de l'état de grossesse (3^e branche) .

Discussion

Le pourvoi interroge sur les conditions de mise en oeuvre de la période d'essai en cas de succession de contrats antérieurs (1^{er} moyen) et du régime d'indemnisation en cas de rupture illicite de la période d'essai (2^e et 3^e moyens subsidiaires).

Sur le premier moyen.

Le contrat de travail à durée indéterminée peut comporter une période d'essai selon les modalités fixées par les articles L. 1221-19 et L. 1221-21 du code du travail, dont l'objectif, selon les termes de l'article L. 1221-20, est de permettre à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent.

Toutefois, lorsque le contrat à durée indéterminé fait suite à un ou plusieurs contrats à durée déterminée, l'article [L. 1243-11](#) (Anc. Art. L.122-3-10) du code du travail dispose par ailleurs que « la durée du contrat de travail à durée déterminée est déduite de la période d'essai éventuellement prévue dans le nouveau contrat de travail. »

Cette précision revêt un intérêt pratique selon le Pr Frouin ¹. Ainsi l'objectif fixé par le législateur visant à permettre à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié, ne serait plus justifié lorsque le salarié continue la relation de travail avec le même employeur dans le cadre d'un nouveau contrat à durée indéterminée :

« Et il en résulte, ensuite, que toute période d'emploi pour un même employeur suivie d'un contrat de travail à durée indéterminée avec cet employeur s'impute sur la période d'essai éventuellement prévue dans le nouveau contrat puisque cette période d'emploi a été de nature à permettre à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail et qu'une période d'essai n'est donc pas justifiée. Ainsi la loi prévoit-elle que lorsque la relation contractuelle de travail se poursuit après l'échéance du terme du contrat à durée déterminée, la durée de ce contrat de travail à durée déterminée est déduite de la période d'essai éventuellement prévue dans le nouveau contrat (L 1243-11). De la même manière, lorsque l'entreprise utilisatrice embauche après une mission un salarié mis à sa disposition par une entreprise de travail temporaire, la durée des missions accomplies au sein de cette entreprise au cours des trois derniers mois précédant le recrutement est déduite de la période d'essai éventuellement prévue dans le nouveau contrat de travail (L 1251-38). Enfin, si un contrat d'apprentissage est suivi de la signature d'un contrat à durée indéterminée dans la même entreprise, aucune période d'essai ne peut être imposée sauf dispositions conventionnelles contraires (article L 6222-16). »

Sur l'appréciation et la prise en compte des périodes antérieures de travail, votre chambre a eu l'occasion de se prononcer, en censurant une cour d'appel qui, dans une affaire similaire, avait considéré que seule la durée du dernier CDD ayant débouché sur le nouveau CDI devait être prise en compte dans le calcul de la période d'essai. Elle avait alors jugé que c'était bien la durée totale des CDD successifs qui devait être déduite, dès lors que le salarié occupait le même emploi, permettant ainsi à l'employeur d'apprécier ses capacités professionnelles:

*« Attendu que pour dire que la rupture était bien intervenue au cours de la période d'essai, l'arrêt attaqué énonce que en droit, l'article L. 122-3-10 du Code du travail dispose que, lorsque la relation contractuelle de travail se poursuit à l'issue du contrat à durée déterminée, la durée de ce contrat est déduite de la période d'essai éventuellement prévue dans le nouveau contrat ; en revanche, en cas d'embauche définitive à l'issue de plusieurs contrats à durée déterminée successifs, seuls la durée du contrat à durée déterminée, à l'issue duquel se sont poursuivies sous contrat à durée indéterminée les relations contractuelles, est déduite de la période d'essai prévue dans le contrat à durée indéterminée; il convient pour calculer l'ancienneté de la salariée au jour de la rupture de tenir compte de la durée du second contrat à durée déterminée qui a débuté le 7 mars 2000 mais non de la durée du premier contrat, alors surtout qu'un intervalle de cinq jours s'est écoulé entre la fin du premier contrat et le début du second ;
Attendu, cependant, que lorsque la relation contractuelle de travail se poursuit à la suite de plusieurs contrats de travail à durée déterminée successifs chez un employeur auprès duquel le salarié a exercé le même emploi lui ayant permis d'apprécier ses capacités professionnelles, la durée totale de ces contrats est déduite de la période d'essai éventuellement prévue dans le nouveau contrat ;
Qu'en statuant comme elle l'a fait la cour d'appel a violé le texte susvisé » (Soc., 31 janvier 2006, n° 04-46.782)*

¹ La période d'essai après la loi 2008-596 du 25 juin 2008, J.Y. Frouin, Chronique RJS 2010

Cette condition n'est désormais plus déterminante puisque votre chambre considère qu'il est indifférent que le salarié ait occupé le même emploi, en exécution de différents contrats :

« Attendu qu'il résulte de l'article L. 1243-11 du code du travail que lorsque le salarié a été, après l'échéance du terme de son contrat à durée déterminée, engagé par contrat à durée indéterminée, la durée du ou des contrats à durée déterminée est déduite de la période d'essai éventuellement prévue dans le nouveau contrat de travail ; qu'il importe peu que le salarié ait occupé le même emploi, en exécution de différents contrats ;

A légalement justifié sa décision, le conseil de prud'hommes qui a déduit de la période d'essai prévue dans le nouveau contrat de travail à durée indéterminée, la durée des contrats à durée déterminée préalablement conclus entre les parties. » (Soc., 9 octobre 2013, n° 12-12.113)

Il apparaît en outre à travers cette décision de principe, que la circonstance que les contrats précédents soient séparés par des périodes d'interruption, (qui correspondaient dans cette affaire aux périodes de carence prévues par l'article L. 1244-3 du code du travail), n'a aucune incidence sur la détermination de la durée totale des CDD à déduire de la période d'essai prévue dans le nouveau contrat . La référence au caractère « successifs » des contrats, qui figurait dans votre décision du 31 janvier 2006 et qui n'est plus rappelée dans la décision du 9 octobre 2013 sus visée, confirme s'il en était besoin que cet élément ne constitue manifestement plus désormais un critère déterminant.

Cette jurisprudence est-elle transposable au cas d'espèce, s'agissant de trois CDD visant à assurer le remplacement d'infirmières absentes, conclus pour les périodes respectives du 18 au 31 mai 2017, du 01 au 30 juin 2017 et du 01 au 30 août 2017 avec une interruption de 1 mois entre le 2^e et le 3^e CDD et de 4 jours avant le nouveau CDI du 4 juillet 2017 ?

Il n'est pas contesté que l'employeur a engagé à trois reprises dans le cadre de CDD une infirmière DE pour assurer des remplacements tant dans le service de médecine de cardiologie que celui des consultations, d'une durée totale de 2 mois et 14 jours.

L'arrêt a par ailleurs constaté *« qu'aucune discontinuité fonctionnelle n'est avérée, le nouvel emploi n'exigeait de la salariée que des qualités et des compétences au moins similaires à celles requises par les fonctions précédemment occupées sous contrat à durée déterminée. »*

J'estime par conséquent que l'employeur a bien été en mesure, pendant toute cette période, d'apprécier les compétences professionnelles de la salariée, au point de l'engager définitivement en CDI par la suite, C'est en effet la globalité de la relation de travail, indépendamment des courtes périodes d'interruption, qui a ainsi été manifestement prise en compte par l'employeur et qu'il convient de retenir pour la détermination de la durée totale des activités de la salariée en CDD venant en déduction de la période d'essai instaurée dans le nouveau contrat .

Il en résulte que la période d'essai de deux mois, stipulée au CDI du 4 septembre était par conséquent, entièrement couverte par les 2 mois et 14 jours résultant de l'exécution de l'ensemble des CDD.

En l'espèce, pour rejeter la demande de la salariée concernant l'inopposabilité de la période d'essai, la cour d'appel retient que : *« Et de principe lorsque la relation*

contractuelle se poursuit à la suite de plusieurs contrats à durée déterminée successifs chez un employeur auprès duquel le salarié a exercé le même emploi lui ayant permis d'apprécier ses capacités professionnelles, c'est la durée totale de ces contrats qui est déduite de la période d'essai éventuellement prévue dans le nouveau contrat.

Ces règles valent pour autant qu'il s'agisse d'une chaîne de contrats qui se succèdent sans interruption, au moins significative, et que le nouvel emploi exige du salarié des qualités et des compétences identiques à celles requises par les fonctions précédemment occupées sous contrat à durée déterminée.

En l'occurrence la salariée a été engagée par contrats à durée déterminée d'abord du 18 au 31 mai 2017 puis du 1er juin au 30 juin 2017 enfin du 1er août au 30 août 2017 avant de souscrire un contrat à durée indéterminée le 4 septembre 2017. Aux termes de ses contrats de travail successifs, Mme [S] a été identiquement embauchée en qualité d'infirmière DE, coefficient 477.

Il s'ensuit que deux périodes intercalaires d'un mois en juillet et de trois jours calendaires espacent ainsi respectivement les contrats n° 2 et 3 et les contrats n° 3 et 4. Seuls les deux premiers contrats se suivent et les deux derniers ne sont que brièvement entrecoupés.

Cette discontinuité n'en caractérise pas une chaîne de contrats pour la totalité au sens de l'article L1243-11 du code du travail mais seulement le contrat du 1er au 30 août 2017 suivi dès le 4 septembre 2017 du contrat à durée indéterminée.

Comme il a été dit Mme [S] a été engagée en qualité d'infirmière DE au même coefficient tant sous contrat à durée déterminée que lors du contrat à durée indéterminée.

Comme cela résulte des plannings produits, ce qui n'est au demeurant pas contesté, elle était précédemment affectée en remplacement du salarié absent dans le service de médecine cardiologique et elle l'a ensuite été dans un service de consultations.

Mais si l'employeur invoque des caractéristiques propres et distinctes aux postes successivement occupés, rien ne l'établit.

Aucune spécialité n'est requise dans l'un et l'autre de ces services qui entrent dans le champ de compétence de la qualification d'infirmière DE. »

En se déterminant ainsi, je considère que la cour d'appel n'a pas donnée de base légale à sa décision, qui par conséquent être censurée, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres moyens.

Avis proposé : Cassation