



RAPPORT DE Mme VALÉRY, CONSEILLÈRE RÉFÉRENDAIRE

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

1 - Rappel des faits et de la procédure

Madame [S] a été engagée par la société Euromed cardio d'abord suivant trois contrats à durée déterminée du 18 au 31 mai 2017, du 1^{er} juin au 30 juin 2017, du 1^{er} août au 30 août 2017 au motif de remplacement, puis par contrat à durée indéterminée du 4 septembre 2017, en qualité d'infirmière D.E. Ce dernier contrat mentionnait une période d'essai de deux mois.

L'employeur a notifié à la salariée la rupture de la période d'essai le 15 septembre 2017.

Le conseil de prud'hommes de Marseille par jugement du 6 mars 2019, a débouté la salariée de sa demande de requalification des CDD en CDI, prononcé la nullité de la rupture de la période d'essai, et condamné l'employeur à payer à la salarié des dommages-intérêts au titre du préjudice subi.

Par arrêt infirmatif du 18 juin 2021, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a débouté la salariée de toutes ses demandes.

Déclaration de pourvoi par la salariée le 17 janvier 2023 (admise au bénéfice de l'aide juridictionnelle totale)

Mémoire ampliatif produit le 15 mai 2023 (demande article 700 cpc : 3.500 € au bénéfice de la SCP Devolvé & Trichet), signifié le 22 mai 2023.

Pas d'avocat constitué en défense.

2 - Analyse succincte des moyens

2.1 - PREMIER MOYEN

La salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de sa demande au titre de l'inopposabilité de la période d'essai et 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, alors :

1°/ que la période d'essai est destinée à permettre à l'employeur d'apprécier les compétences professionnelles du salarié ; qu'en jugeant la période d'essai opposable à Mme [S], tout en constatant que la salariée avait été embauchée par l'employeur, par trois contrats de travail à durée déterminée et pour une durée cumulée d'environ deux mois et demi, pour occuper un poste d'infirmière diplômée d'État exigeant d'elle des qualités et des compétences similaires, ce dont il résultait que l'employeur avait déjà pu apprécier ses qualités professionnelles et que la période d'essai stipulée dans son contrat de travail à durée indéterminée devait lui être déclarée inopposable, la cour d'appel a violé l'article L. 1221-20 du code du travail,

2°/ subsidiairement, qu'au soutien de sa demande d'inopposabilité de la période d'essai, Mme [S] faisait valoir que, lors des trois contrats de travail à durée déterminée antérieurs à la conclusion du contrat de travail à durée indéterminée, elle avait occupé le même emploi d'infirmière diplômée d'État à l'entière satisfaction de l'employeur, de sorte que ce dernier avait déjà pu apprécier ses qualités professionnelles (cf. conclusions d'appel pp. 7 à 11) ; qu'il appartenait dès lors à la cour d'appel de rechercher - indépendamment des dispositions de l'article L. 1243-11 du code du travail relatives à la déduction de la durée du ou des contrats de travail à durée déterminée antérieurs à la conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée - si les trois contrats de travail à durée déterminée et le contrat de travail à durée indéterminée n'avaient pas pour objet le même emploi d'infirmière diplômée d'État et si l'employeur n'avait pas eu l'occasion d'apprécier les qualités professionnelles de la salariée et, le cas échéant, s'il n'en résultait pas l'inopposabilité à la salariée de la période d'essai stipulée dans le contrat de travail à durée indéterminée ; que pour s'en être abstenue, elle a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1221-20 du code du travail,

3°/ plus subsidiairement, que Mme [S], en sollicitant la 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 (cf. conclusions d'appel p. 24, dispositif), s'est approprié les motifs du jugement entrepris selon lesquels « la période d'essai imposée à Mme [S] dans son contrat de travail était abusive et/ou inopposable ; en effet, l'employeur avait déjà pu évaluer l'intéressée en tant qu'infirmière DE au sein de l'établissement et ce, pendant plus de 2 mois, sachant qu'elle effectuait exactement les mêmes tâches que celles réalisées au cours des différents CDD en tant qu'infirmière ; ainsi la requérante n'avait en aucun cas à subir une nouvelle période d'essai de deux mois (...). C'est donc à bon droit que, par courriel du 17 septembre 2017, Mme [S] va contester la rupture de la période d'essai en précisant que ses compétences dans son travail avaient déjà été évaluées sur une période de plus de deux mois et ce, toujours dans les mêmes fonctions. Ainsi, l'employeur ne pouvait donc pas se prévaloir d'une nouvelle période d'essai alors qu'il avait déjà été en mesure de connaître ses capacités

professionnelles, qu'il avait déjà apprécié et/ou jaugé » (cf. jugement entrepris p. 6, § pénultième et dernier) ; qu'en ne réfutant pas ces conclusions stigmatisant l'absence de nécessité pour l'employeur d'évaluer les qualités professionnelles de la salariée qu'il avait déjà pu apprécier par le passé, la cour d'appel a violé les articles 455 et 954 du code de procédure civile,

4°/ très subsidiairement, 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 ; que, pour dire licite la rupture de la période d'essai de Mme [S], la cour d'appel a refusé de déduire la durée des deux premiers contrats de travail à durée déterminée de la durée de la période d'essai stipulée dans le contrat de travail à durée indéterminée et en a conclu que la période d'essai n'avait pas expiré lorsque l'employeur avait manifesté sa volonté de rompre le contrat de travail ; que, pour ce faire, elle a retenu que ces deux premiers contrats ne se trouvaient pas dans la continuité du troisième contrat de travail à durée déterminée et du contrat de travail à durée indéterminée conclu à sa suite et estimé que seule la durée de ce troisième contrat devait être déduite de la durée de la période d'essai stipulée dans le contrat de travail à durée indéterminée ; qu'en ne déduisant pas de la période d'essai prévue par le contrat de travail à durée indéterminée la durée de l'ensemble des contrats de travail à durée déterminée conclus antérieurement entre les parties, la cour d'appel a violé l'article L. 1243-11 du code du travail,

5°/ plus subsidiairement encore, qu'en retenant que les deux premiers contrats ne se trouvaient pas dans la continuité du troisième contrat de travail à durée déterminée et du contrat de travail à durée indéterminée conclu à sa suite, tout en constatant cependant que l'interruption d'un mois entre le deuxième et le troisième contrat de travail à durée déterminée était intervenue au mois de juillet 2017, soit pendant la période légale de prise du congé principal, ce dont il résultait - nonobstant la brève interruption du mois de juillet 2017 - l'existence d'une relation de travail continue depuis le premier contrat de travail à durée déterminée, qu'il lui appartenait de prendre en considération dans son ensemble, la cour d'appel a violé l'article L. 1243-11 du code du travail.

2.2 - DEUXIEME MOYEN

La salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de sa demande de réparation pour les préjudices professionnel, moral et financier subis, alors que selon l'article L. 1225-1 du code du travail, l'employeur ne doit pas prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher, pour rompre son contrat de travail au cours d'une période d'essai ; que l'article L. 1225-3 du même code dispose que, lorsque survient un litige relatif à l'application de l'article L. 1225-1 du code du travail, l'employeur communique au juge tous les éléments de nature à justifier sa décision et que, lorsqu'un doute subsiste, il profite à la salariée enceinte ; qu'aux termes de l'article L. 1225-71 dudit code, l'inobservation par l'employeur de ces dispositions peut donner lieu, au profit du salarié, à l'attribution d'une indemnité déterminée conformément aux dispositions de l'article L. 1235-3-1 du code du travail ; que, pour débouter Mme [S] de sa demande de réparation pour les préjudices professionnel, moral et financier subis, la cour d'appel a relevé 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 ; qu'un motif tiré de la demande de nullité de la rupture de la période d'essai présentée par Mme [S] était inopérant dès lors qu'il appartenait à la cour d'appel de faire application des dispositions des articles L. 1225-1 et L. 1225-3 du code du travail, dûment invoquées par la salariée, pour se prononcer sur la demande de dommages-intérêts formulée par elle sur le fondement de l'article L. 1225-71 du code du travail ; la cour d'appel a donc violé les textes susvisés.

2.3 - TROISIEME MOYEN

La salariée fait grief à l'arrêt de la débouter 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, alors :

1°/ que Mme [S] fondait sa demande de réparation pour les préjudices professionnel, moral et financier subis sur les dispositions des articles L. 1225-1, L. 1225-3 et L. 1225-71 du code du travail et n'invoquait pas celles des articles L. 1232-1 et L. 1234-1 du même code relatives à la lutte contre les discriminations (cf. conclusions d'appel p. 15 et s.) ; que l'employeur, qui faisait valoir que la rupture de l'essai était fondée sur l'appréciation des qualités professionnelles de la salariée, n'invoquait pas davantage les dispositions des articles L. 1232-1 et L. 1234-1 du code du travail (cf. conclusions d'appel pp. 6 à 10) ; qu'en faisant néanmoins application de ces dispositions au différend des parties, la cour d'appel a modifié l'objet du litige en violation de l'article 4 du code de procédure civile,

2°/ qu'en relevant ainsi d'office l'application des dispositions des articles L. 1232-1 et L. 1234-1 du code du travail au différend des parties, sans les inviter à présenter leurs observations sur ce point, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile,

3°/ subsidiairement, que, 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 ; que, pour écarter toute discrimination en raison de l'état de grossesse, la cour d'appel a retenu qu'« aucun élément de fait ne vient établir que l'employeur avait bien connaissance de son état de grossesse au moment où il a rompu la période d'essai et dès lors aucun lien entre cet état et la décision de l'employeur ne laisse supposer la discrimination alléguée » ; qu'elle avait toutefois constaté que la salariée, après avoir été embauchée trois fois par contrat de travail à durée déterminée en qualité d'infirmière diplômée d'État, puis confirmée dans ses fonctions par contrat de travail à durée indéterminée du 4 septembre 2017, produisait le premier certificat médical prénatal attestant de son état de grossesse en date du 2 septembre 2017, une lettre de contestation de la rupture de la période d'essai du 20 septembre 2017 rappelant son état de grossesse, ainsi que des échanges de SMS entre salariés de l'entreprise démontrant la notoriété de l'état de grossesse de l'intéressée, ce dont il résultait l'existence de faits qui, pris dans leur ensemble, laissaient supposer l'existence d'une discrimination en raison de l'état de grossesse ; qu'en retenant le contraire, la cour d'appel a violé les articles L. 1132-1 et L. 1134-1 du code du travail.

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

Licéité et durée de la période d'essai prévue dans un CDI faisant suite à des CDD

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1 - SUR LE PREMIER MOYEN

Les articles L.1221-19 et suivants du code du travail ménagent la possibilité pour les parties au contrat de travail de prévoir une période d'essai, qui *permet 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* (L.1221-20 CT).

Par conséquent, la question de la licéité d'une période d'essai se pose, si l'employeur a déjà eu l'occasion, avant la signature du contrat, d'entretenir une relation de travail avec le salarié :

Contrat de prestation de services avec un agent commercial

Soc., 21 janvier 2015, pourvoi n° 13-21.875

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rennes, 29 mai 2013), que Mme [X...], agent commercial, a collaboré à compter du 10 avril 2001 avec la société Le Pilon en qualité de travailleur indépendant ; que les parties ont conclu le 1er juin 2008 un contrat de travail portant sur un emploi de voyageur, représentant ou placier et prévoyant une période d'essai de trois mois ; que par lettre du 26 août 2008, l'employeur a mis fin à la période d'essai ; que contestant le bien-fondé de la rupture de la relation de travail, la salariée a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de dommages-intérêts ;

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de faire droit à cette demande, alors, selon le moyen :

1°/ que la conclusion d'un contrat de travail autorise l'institution d'une période d'essai, même si elle fait suite à une collaboration entre les mêmes parties dans le cadre d'un contrat d'agent commercial ; qu'en jugeant qu'une telle période d'essai était abusive, la cour d'appel a violé les articles L. 1221-1 et L. 1221-19 du code du travail ;

2°/ que le juge est tenu de répondre aux moyens soulevés par les parties, de nature à déterminer la solution du litige ; que la société Le Pilon a fait valoir, en s'appropriant expressément les motifs du jugement dont elle a sollicité la confirmation que la période d'essai était justifiée par le passage d'un statut d'agent commercial indépendant, sans lien de subordination, sans contrainte d'horaires, sans objectif contractuel, à un statut de salarié lequel justifiait l'appréciation de l'employeur dans ce nouveau cadre ; qu'en jugeant la période d'essai abusive sans s'expliquer sur ces motifs, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°/ que la cour d'appel qui a constaté à l'instar des premiers juges, que sous l'impulsion de Mme [X...] alors agent commercial, un changement de statut avait été décidé et s'était opéré selon la commune intention des parties, ne pouvait ensuite en déduire que la période d'essai avait été abusivement imposée à Mme [X...] ; qu'elle n'a ainsi pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations de fait au regard des articles L. 1221-1 et L. 1221-19 du code du travail ;

(...)

Mais attendu qu'ayant constaté que les fonctions de la salariée étaient les mêmes que celles exercées durant les sept années d'exécution du contrat d'agent commercial la liant à son employeur qui avait donc déjà pu apprécier ses capacités professionnelles, la cour d'appel, répondant aux conclusions prétendument délaissées, en a exactement déduit qu'une période d'essai ne pouvait être valablement stipulée dans le contrat de travail ; que le moyen, inopérant en ses cinquième et sixième branches en ce qu'il s'attaque à des motifs surabondants, n'est pas fondé pour le surplus ;

Contrat de qualification

Soc., 20 mai 1998, pourvoi n° 96-41.542

Attendu, ensuite, que la cour d'appel a constaté qu'après avoir reçu, en exécution de son contrat de qualification, une formation de vendeur, 1er échelon, le salarié avait continué à exercer les mêmes fonctions correspondant à la même qualification dans le cadre de son contrat de travail à durée indéterminée conclu le 3 mai 1993 à l'issue du contrat de qualification ; qu'elle a pu, dès lors, décider que la période d'essai était nulle et que la rupture du contrat de travail s'analysait en un licenciement dénué de cause réelle et sérieuse ; que les moyens ne sont pas fondés ;

Mise à disposition

Soc., 13 juin 2012, pourvoi n° 11-15.283

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 17 mars 2011), que M. [X...] a été engagé par l'association Réseau groupement d'employeurs (le réseau) en qualité d'employé administratif et commercial le 8 juillet 2008 ; que par convention du même jour, le réseau a mis M. [X...] à la disposition de la société Tradimpex JL international (Tradimpex) à compter du 1er septembre 2008, pour une période d'un an avec un minimum incompressible de six mois, pour y occuper les fonctions d'employé administratif et commercial ; que M. [X...] a donné sa démission au réseau le 26 février 2009 et a été engagé par contrat de travail du 27 février 2009, à effet au 1er mars suivant, par la société Tradimpex en qualité d'employé administratif et commercial, avec une période d'essai d'un mois ; que cette société a mis fin à l'essai le 24 mars 2009 ; qu'invoquant l'illicéité de la période d'essai, le salarié a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de dommages-intérêts pour licenciement abusif ;

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt d'accueillir cette demande, alors, selon le moyen, que sauf dispositions conventionnelles ou contractuelles contraires ou situation de coemploi, les contrats de travail successifs avec plusieurs employeurs ne permettent pas au salarié de se prévaloir à l'égard de son

employeur de l'ancienneté acquise auprès d'un précédent employeur ; que lorsque le salarié d'une première société qui l'avait mis à disposition d'une seconde a démissionné pour signer un contrat de travail avec celle-ci, la période d'essai convenue avec le nouvel employeur est opposable au salarié ; qu'en effet, lorsque ce n'est pas le même contrat de travail qui s'est poursuivi, il rentre dans les prérogatives du nouvel employeur d'évaluer les compétences de son salarié au commencement de l'exécution du contrat de travail, sans que le travail accompli antérieurement à la signature de ce contrat, sous la subordination juridique du précédent employeur, ne prive le nouvel employeur du droit de se prévaloir d'une période d'essai ; qu'en l'espèce, il est acquis aux débats que M. [X...] a été salarié de l'association "Réseau groupement d'employeurs", entre juillet 2008 et février 2009 et mis à disposition de la société Tradimpex ; que le 26 février 2009, M. [X...] a démissionné de l'association et signé un nouveau contrat de travail avec la société Tradimpex prévoyant expressément un essai d'un mois ; qu'en décidant que la période d'essai n'était pas opposable au salarié, cependant qu'elle avait été expressément et librement convenue entre M. [X...] et son nouvel employeur la société Tradimpex et se situait au commencement même de l'exécution de ce contrat de travail, la cour d'appel a violé l'article L. 1221-20 du code du travail ;

Mais attendu que la cour d'appel, qui a relevé que la société Tradimpex avait déjà pu évaluer les compétences de M. [X...] dans son travail et que c'était en raison de ses compétences reconnues et de l'expérience acquise chez elle au cours de la mise à disposition du salarié qu'elle l'avait embauché dans les mêmes fonctions, a pu décider que la stipulation d'une période d'essai était abusive ; que le moyen n'est pas fondé ;

Conclusion d'un contrat de travail avec période d'essai postérieurement à un contrat à durée déterminée

Dans cette hypothèse, la chambre sociale raisonnait initialement, comme dans les cas précédemment exposés, en terme de nullité de la période d'essai, dès lors que l'employeur avait déjà pu apprécier les compétences du salarié pendant l'exécution du premier contrat, mais cette jurisprudence ne paraît plus d'actualité.

** Si le dernier contrat est un CDD*

Soc., 28 octobre 1998, pourvoi n° 96-42.958

Mais attendu que l'arrêt constate que les personnes morales qui géraient les deux hôtels étaient tellement imbriquées que les gérants respectifs engageaient indifféremment du personnel sous leur signature pour l'hôtel dont ils n'étaient pas gérants et qu'il résultait des attestations produites par l'employeur que Mme [Y...] avait eu à l'Hôtel Florida la même activité que celle antérieure à l'Hôtel Acadia ; qu'en l'état de ces constatations, desquelles il résulte que Mme [Y...] avait toujours exercé la même fonction pour le même employeur, la cour d'appel, sans encourir les griefs du moyen, a exactement décidé que le contrat du 3 mai 1994 ne pouvait prévoir aucune période d'essai, l'employeur connaissant les capacités professionnelles de Mme [Y...] ; que les moyens ne sont pas fondés ;

Soc., 26 février 2002, pourvoi n° 00-40.749, Bull. 2002, V, n° 78

Sommaire : Le salarié embauché en qualité d'agent de maîtrise ne peut être valablement soumis à une période d'essai dès lors qu'il a occupé auparavant pendant dix-huit mois le même emploi pour le même employeur, ce dernier ayant ainsi déjà pu apprécier ses capacités professionnelles dans l'emploi considéré.

Dans un arrêt plus récent, la chambre sociale ne raisonne plus en terme de nullité du contrat, mais d'imputation de la durée du contrat antérieur, sur la période d'essai prévue par le dernier CDD.

Soc., 13 juin 2012, pourvoi n° 10-28.286

Vu l'article L. 1242-10 du code du travail ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme [X...], épouse [Y...], a été engagée en qualité d'employée de service par la société française de services en vertu de quatre contrats à durée déterminée, conclus en mai et juin 2006, d'une durée globale de 14 jours, puis, le 1er juillet 2006, pour un même emploi, par un contrat à durée déterminée de six mois et un jour prévoyant une période d'essai d'un mois ; que l'employeur a rompu ce dernier contrat le 31 juillet 2006 ; que contestant que la rupture soit intervenue au cours de la période d'essai, la salariée a saisi la juridiction prud'homale de demandes d'indemnités ; Attendu que pour débouter la salariée de ses demandes, l'arrêt retient que les contrats antérieurs ayant été conclus pour une durée de quelques jours seulement, la stipulation d'une nouvelle période d'essai ne

revêtait pas de caractère abusif, l'employeur étant fondé à soutenir qu'il n'avait alors pu définitivement se convaincre, en si peu de temps, de la réalité des aptitudes de la salariée ;
Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que la salariée avait, pendant une durée de quatorze jours au cours des mois de mai et juin 2006, exercé le même emploi d'employée de service auprès du même employeur qui avait donc déjà pu apprécier ses capacités professionnelles, ce dont il résultait que cette durée devait être déduite de la période d'essai prévue dans le nouveau contrat, de sorte que la rupture intervenue le 31 juillet 2006 était postérieure à l'expiration de la période d'essai, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

** Si le dernier contrat est un CDI*

Là encore, la chambre sociale a parfois raisonné en terme de nullité de la période d'essai, l'employeur ayant déjà eu l'occasion d'apprécier les compétences du salarié à l'occasion d'un CDD dans le même emploi :

Soc., 30 octobre 2000, pourvoi n° 98-44.994

Attendu que Mme [X...] a été engagée le 4 avril 1996 par la société D+ Pharm en qualité d'attachée à la direction commerciale ; qu'elle a démissionné de cet emploi par lettre datée du 13 septembre 1996 ; qu'un second contrat de travail, toujours à durée indéterminée mais à temps partiel, a été signé entre les mêmes parties le 1er octobre 1996 ; que ce dernier contrat prévoyait une période d'essai d'un mois ;
Attendu que pour débouter la salariée de sa demande en paiement de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, le jugement attaqué énonce que l'employeur n'a pas accusé réception de la démission de Mme [X...] mais, connaissant ses difficultés l'empêchant de travailler à temps complet, il lui a proposé un nouveau contrat qui lui permettait de conserver un emploi et qui, du fait de l'accord des deux parties, annulait, à la date du 1er octobre 1996, le précédant contrat de travail ; qu'il ne saurait être reproché aux parties d'avoir essayé de maintenir des relations de travail en tenant compte à la fois des possibilités d'activité réelle de Mme [X...] et de la nécessité de résultats pour l'employeur ; que l'échec de cette seconde tentative à la fin d'une période d'essai prévue et acceptée par les parties ne peut remettre en cause la valeur du contrat de travail du 1er octobre 1996 ; que la salariée ne peut, dans ces conditions, prétendre à des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;
Qu'en statuant ainsi, alors qu'en présence de deux contrats de travail successifs conclus entre les mêmes parties, la période d'essai stipulée dans le second contrat n'était licite qu'à la condition que ce contrat ait été conclu pour pourvoir un emploi différent de celui objet du premier contrat, le conseil de prud'hommes, qui n'a pas vérifié si, comme le soutenait la salariée, les contrats successifs avaient pour objet le même emploi d'attachée commerciale, n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Soc., 23 mars 2011, pourvoi n° 09-69.349

Vu l'article L. 1231-1 du code du travail ;

Attendu que Mme [X...], a été engagée par la caisse régionale de crédit agricole mutuel de la Réunion (CRCAMR) par contrat à durée déterminée du 23 novembre 2005 suivi de plusieurs avenants jusqu'au 31 mars 2006, date à laquelle il lui a été proposé un nouveau contrat de travail à durée déterminée jusqu'au 21 juillet 2006 ; qu'au cours de ce dernier les parties ont conclu un contrat de travail à durée indéterminée avec une "période probatoire", d'une durée de quatre mois, contrat auquel la caisse mettait fin le 21 juillet 2006 ; que considérant que cette rupture était abusive, la salariée a saisi la juridiction prud'homale ;

Attendu que pour juger que la rupture était intervenue pendant la période probatoire et qu'elle n'était pas abusive, l'arrêt retient que les emplois stipulés dans les contrats à durée déterminée et dans le contrat de travail à durée indéterminée étaient différents ; que dès lors, le recrutement à durée indéterminée ne s'inscrivait pas dans une continuité fonctionnelle, que la période d'essai, conventionnellement intitulée période de stage, était légitime ;

Attendu cependant qu'en présence de contrats de travail successifs conclus entre les mêmes parties, la période d'essai stipulée dans le dernier contrat n'est licite qu'à la condition que ce contrat ait été conclu pour pourvoir un emploi différent de celui objet des précédents contrats ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si, comme le soutenait la salariée, alors qu'elle avait été engagée, par contrats à durée déterminée successifs comme agent administratif puis, par contrat à durée indéterminée comme agent d'accueil, elle n'avait pas, en réalité, exercé les mêmes fonctions, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Toutefois, il existe une disposition légale propre à l'hypothèse de la poursuite d'un CDD à l'échéance du terme :

Article L. 1243-11 du code du travail :

Lorsque la relation contractuelle de travail se poursuit après l'échéance du terme du contrat à durée déterminée, celui-ci devient un contrat à durée indéterminée.

Le salarié conserve l'ancienneté qu'il avait acquise au terme du contrat de travail à durée déterminée.

La durée du contrat de travail à durée déterminée est déduite de la période d'essai éventuellement prévue dans le nouveau contrat de travail.

La chambre sociale fait application de ces dispositions dans l'hypothèse de la succession de plusieurs CDD avant un CDI :

Soc., 31 janvier 2006, pourvoi n° 04-46.782

Attendu que Mme [X...] a été engagée par la société RTM en qualité de médecin du travail par deux contrats de travail à durée déterminée respectivement du 14 février au 2 mars 2000 et du 7 mars au 9 avril 2000, puis par contrat de travail à durée indéterminée du 10 avril 2000 prévoyant une période d'essai de 11 mois ;

Vu l'article L. 122-3-10 du Code du travail ;

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.

La chambre a confirmé cette solution dans un cas où le salarié se prévalait de l'illicéité de la période d'essai, et elle a précisé qu'il importait peu que le salarié ait exercé le même emploi à l'occasion de ces différents contrats :

Soc., 9 octobre 2013, pourvoi n° 12-12.113, Bull. 2013, V, n° 228

Attendu, selon le jugement attaqué (conseil de prud'hommes de Grenoble, 1er mars 2011), que Mme [X...] a été engagée par la société Minelli en qualité de vendeuse, par contrat à durée déterminée à temps partiel du vendredi 7 au samedi 8 août 2009, puis du jeudi 13 au vendredi 14 août 2009, puis par contrat à durée indéterminée à compter du lundi 17 août 2009, avec une période d'essai d'un mois ; que par courrier remis en main propre le 8 septembre 2009, la rupture de son contrat de travail à la date du 10 septembre, lui a été notifiée ; qu'elle a saisi la juridiction prud'homale pour contester la rupture ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la salariée fait grief au jugement de la débouter de sa demande au titre de la rupture abusive du contrat de travail, alors selon le moyen :

3°/ qu'en présence de contrats de travail successifs conclus entre les mêmes parties, la période d'essai stipulée dans le dernier contrat n'est licite qu'à la condition que ce contrat ait été conclu pour pourvoir un emploi différent de celui objet du premier contrat ; qu'en l'espèce, la salariée faisait valoir qu'aucune période d'essai ne pouvait lui être imposée dans le cadre de la poursuite de sa collaboration avec un même employeur ; que le conseil de prud'hommes, qui a constaté que la salariée avait été engagée par un même employeur, à chaque fois en qualité de vendeuse, par un premier contrat à durée déterminée, du 7 au 8 août 2009 inclus, puis par un second contrat à durée déterminée, du 13 au 14 août 2009 inclus, lui-même suivi d'un contrat à durée indéterminée à compter du 17 août 2009, a néanmoins, pour admettre la validité de la rupture par l'employeur du contrat de travail à durée indéterminée, retenu que cette rupture était intervenue pendant la période d'essai de ce dernier contrat de travail, période d'essai dont il a considéré que « l'existence et le décompte [étaient] conformes aux dispositions du code du travail » ; qu'en statuant ainsi, le conseil de prud'hommes, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article L. 1231-1 du code du travail ;

4°/ qu'au terme d'une période d'essai, y compris lorsque celle-ci a été stipulée et exécutée dans le cadre d'un contrat de travail à durée déterminée, l'employeur est réputé avoir évalué les compétences du salarié dans le travail qui lui a été confié, de sorte qu'une nouvelle période d'essai ne peut être légalement stipulée lorsque le contrat à durée déterminée ayant comporté une période d'essai accomplie par le salarié est suivi d'un nouveau contrat de travail par lequel le même employeur engage ce salarié pour exercer le même emploi ; qu'en l'espèce, la salariée avait fait valoir qu'une nouvelle période d'essai ne pouvait lui être imposée ; qu'ainsi, en retenant, pour admettre la validité de la rupture par l'employeur du contrat de travail à durée indéterminée, que cette rupture était intervenue pendant la période d'essai de ce dernier contrat de travail, période d'essai dont il a considéré que, notamment, l'existence était conforme aux dispositions du code du travail, tout en constatant que la salariée avait été embauchée par un même employeur, pour occuper un emploi de vendeuse, successivement par deux contrats de travail à durée déterminée comportant chacun une période d'essai d'un jour, puis par un contrat à durée indéterminée comportant une période d'essai d'un mois, le conseil de prud'hommes a violé les articles L. 1221-20, L. 1231-1, L. 1242-10 et L. 1243-11 du code du travail ;

Mais 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 ;

Et attendu que le conseil de prud'hommes a justement déduit la durée des contrats à durée déterminée préalablement conclus entre les parties, de la période d'essai prévue dans le nouveau contrat de travail à durée indéterminée ;

L'arrêt a été commenté par la doctrine :

- Revue de jurisprudence sociale 2013 n°789

« En l'espèce, un salarié avait été engagé comme vendeur par deux contrats à durée déterminée de deux jours chacun puis dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée prévoyant une période d'essai d'un mois. L'employeur avait rompu ce dernier contrat pendant la période d'essai.

Le salarié soutenait que la période d'essai prévue dans son contrat à durée indéterminée était illicite, en se fondant notamment sur la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle l'employeur ne peut prévoir une période d'essai lors de la conclusion d'un nouveau contrat après un contrat à durée déterminée conclu pour le même emploi et lui ayant de ce fait déjà permis de vérifier les aptitudes du salarié (Cass. soc. 28 octobre 1998 n° 96-42.958 ; Cass. soc. 26 février 2002 n° 00-40.749 : RJS 5/02 n° 539 ; Cass. soc. 23 mars 2011 n° 09-69.349).

La Haute Juridiction rejette ce raisonnement, confirmant ainsi la solution retenue antérieurement dans un arrêt seulement diffusé (Cass. soc. 31 janvier 2006 n° 04-46.782). En effet, lorsque les relations contractuelles se poursuivent à l'issue d'un contrat à durée déterminée, l'article L 1243-11 du Code du travail envisage expressément qu'une période d'essai puisse être stipulée, sans subordonner son application à un changement de fonctions du salarié, sous la seule réserve de la déduction de la durée du contrat à durée déterminée, cette période d'exécution du contrat ayant permis à l'employeur d'apprécier les aptitudes professionnelles du salarié. Ainsi, le fait que le salarié ait occupé le même emploi que celui proposé dans le cadre du contrat à durée indéterminée n'interdit pas de prévoir une période d'essai mais celle-ci doit être écourtée de la durée du ou des contrats à durée déterminée l'ayant précédé, ce qui peut d'ailleurs conduire à l'absence de toute période d'essai.

On remarquera que la durée déduite de la période d'essai ne se limite pas, comme pourrait le laisser penser la lettre de l'article L 1243-11 précité, au seul contrat à durée déterminée ayant immédiatement précédé le contrat à durée indéterminée, mais qu'elle porte sur l'ensemble des contrats antérieurs. Et il en va ainsi même lorsque ces contrats ont, comme c'était le cas en l'espèce, été séparés par une courte période d'interruption.

Reste que, sur ce dernier point, la formulation utilisée par la Cour de cassation est un peu équivoque. Tel qu'il est rédigé, l'attendu pourrait en effet aussi laisser penser qu'en cas d'embauche à l'issue de contrats à durée déterminée, la durée de ces contrats doit être déduite de la période d'essai, y compris si le salarié n'occupait pas le même emploi. A notre sens, cette interprétation doit cependant être écartée. »

- J.-E. Turreil, Jurisprudence Sociale Lamy, novembre 2013, n° 354, p. 11 :

« L'article L. 1243-11, alinéa 3, du code du travail dispose qu'en cas de contrats de travail successifs, la durée du contrat de travail à durée déterminée doit être déduite de la période d'essai éventuellement prévue dans le nouveau contrat. Partant de ces dispositions, la question de la licéité, dans le principe, de la stipulation d'une période d'essai dans un contrat de travail à durée indéterminée conclu au terme d'un CDD antérieur semblait ne pas se poser. Toutefois, malgré cette règle énoncée clairement par le législateur, la Cour de cassation a pu récemment semer une certaine confusion en la matière. C'est ainsi que, par un arrêt du 23 mars 2011, les Hauts Magistrats ont jugé qu'en présence de contrats de travail successifs conclus entre les mêmes parties, la période d'essai stipulée dans le dernier contrat n'était licite qu'à la condition que ce contrat ait été conclu pour pourvoir un emploi différent de celui objet des précédents contrats (Cass. soc., 23 mars 2011, no 09-69.349). (...) C'est probablement en se fondant sur cette décision que, dans l'arrêt ici commenté, la salariée avait poursuivi son employeur. La réponse apportée par les Hauts Magistrats ne lui sera pourtant pas favorable. La Cour de cassation recadre sa position : par principe, une période d'essai peut être stipulée dans un contrat à durée indéterminée succédant à un ou plusieurs CDD peu important « que le salarié ait occupé le même emploi » en exécution des différents contrats.

Une fois le principe de la validité de la période d'essai posé, restait à déterminer l'incidence des précédents CDD sur sa durée. Lorsque le poste occupé en CDI est nouveau, il n'y a pas de raison d'opérer une quelconque déduction au titre de l'article L. 1243 11 précité du Code du travail (Circ. DRT no 92 14, 29 août 1992 ; Cass. soc., 17 mars 1993, no 89- 45.508). Mais si le poste est similaire, et qu'il y a eu plusieurs CDD avant le CDI, faut-il déduire la durée du dernier CDD ou de l'ensemble de ceux-ci ? Sur ce point, la position de la Cour de cassation a varié ces dernières années. Dans un premier temps, les Hauts Magistrats ont en effet considéré que la durée à déduire de la période d'essai devait être celle du dernier CDD, celui à l'issue duquel se sont poursuivies les relations de travail sans inclure les périodes d'emploi distinctes de celle-ci (Cass. soc., 28 juin 1989, no 86-41.188). Mais, plus récemment, la Haute Juridiction a jugé, dans un cas d'espèce similaire à celui de l'arrêt du 9 octobre 2013, que lorsque la relation contractuelle de travail se poursuit sous contrat à durée indéterminée chez un employeur auprès duquel le salarié a exercé le même emploi lui ayant ainsi 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 (Cass. soc., 31 janv. 2006, n° 04-46.782). Cet arrêt avait fait cependant l'objet d'une faible diffusion. Par son arrêt du 9 octobre 2013, la Chambre sociale de la Cour de cassation confirme la position précédemment adoptée mais elle lui donne un plus large écho, l'arrêt étant cette fois-ci publié au bulletin. Ainsi donc en l'espèce, de la période d'essai stipulée d'un mois dans le CDI, et devant donc se terminer le 16 septembre 2009 au soir, il convenait de déduire les 4 jours de travail accomplis dans le cadre des deux CDD précédents. Notifiée le 8 septembre 2009, soit avant la date butoir du 12 septembre, la rupture était donc valable. »

- C. Dechristé, Recueil Dalloz 2013 p. 2405 :

« Par cet attendu la chambre sociale opère plusieurs changements par rapport à sa jurisprudence antérieure. Jusqu'à présent, elle considérait que seule la durée du dernier contrat à durée déterminée était imputable sur celle de la période d'essai. Dorénavant, la durée de tous les contrats précédents sera prise en compte. En outre, il semblerait qu'il ne soit plus nécessaire que le contrat à durée indéterminée ait été conclu immédiatement après le terme du dernier contrat. L'écoulement d'un bref délai ne devrait pas être un obstacle à l'application de l'article L. 1243-11. Enfin, cet arrêt laisse présager une autre évolution jurisprudentielle. Dans leurs précédentes décisions les juges limitaient le recours à l'article L. 1243-11 aux seuls cas dans lesquels les contrats successifs portaient sur un même poste de travail (Soc. 13 juin 2012, n° 10-28.286). Cependant, dans la présente décision, la Cour de cassation précise qu'il importe peu que le salarié ait occupé un même emploi. Cette précision est d'autant plus notable qu'elle n'était pas nécessaire. En effet, les différents contrats signés par la requérante concernaient tous un poste de vendeuse. Ainsi, cet arrêt du 9 octobre 2013 marquerait un changement dans la jurisprudence de la chambre sociale. Toutefois, il est nécessaire d'attendre le prochain arrêt cette question pour avoir la certitude qu'il s'agit d'une solution acquise. »

« La rédaction du texte a pu susciter des interrogations. En effet, il résulte d'une stricte analyse littérale que l'imputation de la durée du contrat sur la période d'essai suppose une continuité des relations contractuelles et se limite à la prise en compte, en cas de succession de contrats à durée déterminée, de la durée « du » dernier contrat à l'issue duquel les relations se sont poursuivies. Cette analyse a, dans un premier temps, été adoptée par la Cour de cassation (Cass. soc., 28 juin 1989, n° 86-41.188 : JurisData n° 1989-002791), position qu'elle a par la suite abandonnée dans un arrêt non publié du 31 janvier 2006 (n° 04-46.782 : JurisData n° 2006-032010. - V. aussi Cass. soc., 13 juin 2012, n° 10-28.286 : JurisData n° 2012 012817). Ce revirement est confirmé de manière plus solennelle par la décision du 9 octobre 2013.

(...) Il est clair que la circonstance que les deux précédents contrats concernaient le même emploi que celui proposé ultérieurement et comportaient chacun une période d'essai d'un jour n'interdit pas à l'employeur de prévoir une nouvelle période d'essai.

Il est également confirmé que cette éventuelle période d'essai est réduite, non seulement de la durée du dernier contrat, mais de la durée totale des contrats à durée déterminée qui se sont succédés. La Cour de cassation fait ici abstraction des deux brèves périodes d'interruption séparant, l'une, les contrats à durée déterminée, et l'autre, la fin du dernier contrat à durée déterminée et la signature du contrat à durée indéterminée, interruptions qui ne font pas échec au principe d'imputation. En serait-il de même dans une situation où l'intervalle de temps entre lesdits contrats de travail serait plus important ? Ne faudrait-il pas permettre à l'employeur de tester à nouveau les capacités professionnelles du salarié ? Il apparaît également, compte tenu de la finalité de la période d'essai, que la règle de l'imputation n'a pas lieu de s'appliquer lorsque les fonctions confiées diffèrent de celles exercées précédemment. La Cour de cassation n'a-t-elle pas justifié l'introduction d'une période d'essai sans déduction, par la nature du nouvel emploi exigeant des qualités et des compétences différentes, sous réserve d'éléments permettant d'imputer à l'employeur une intention de fraude à la loi (Cass. soc., 28 juin 1989 préc.. - Cass. soc., 17 mars 1993, n° 89-45.508 : JurisData n° 1993-002257. - Cass. soc., 21 juin 2006, n° 05-40.556 : JurisData n° 2006-034352 ; JCP S 2006, 1749, note X. Carsin).»

- B. Geniaut, Revue de droit du travail, 2013. 761 :

« La Cour précise d'abord que la durée à déduire de l'essai est celle « du ou des contrats » précédents, alors que la lettre de l'article L. 1243-11 ne vise que l'hypothèse du CDI faisant suite à un CDD. En l'espèce, la solution aurait été la même qu'on déduise seulement deux jours de la période d'essai, au lieu de quatre. La précision n'avait donc pas d'enjeu, ce qui lui confère d'autant plus une portée jurisprudentielle. En lien direct avec l'affaire en cause, la Cour entend ensuite appliquer l'article L. 1243-11 dans l'hypothèse où le salarié se trouve engagé « après l'échéance du terme de son contrat à durée déterminée », sans distinguer selon que les contrats s'enchaînent immédiatement ou non. La Haute juridiction ajoute enfin qu'il « importe peu que le salarié ait occupé le même emploi, en exécution de différents contrats ».

L'argumentation déployée par la salariée se faisait pourtant l'écho de formules générales retenues par la Cour de cassation antérieurement. Ainsi, dans un arrêt du 23 mars 2011, la Haute juridiction estimait qu'« en présence de contrats de travail successifs conclus entre les mêmes parties, la période d'essai stipulée dans le dernier contrat n'est licite qu'à la condition que ce contrat ait été conclu pour pourvoir un emploi différent de celui objet des précédents contrats » (Soc. 23 mars 2011, n° 09-69.349, inédit). Des formulations très proches avaient déjà été retenues (Soc. 11 déc. 2002, n° 01-40.440, inédit ; 30 oct. 2000, n° 98-44.994, inédit). Mais la Cour, dans l'arrêt rapporté, opte pour une autre solution qu'on peut rapprocher d'une décision plus récente (Soc. 13 juin 2012, n° 10-28.286, inédit). Il se dessine ainsi un régime plus circonstancié de la stipulation de l'essai dans un CDI faisant suite à un ou plusieurs CDD qui ont déjà permis d'apprécier les compétences du salarié. En soi, la stipulation d'un essai n'est pas illicite, même si les fonctions occupées par le salarié sont les mêmes. La durée des précédents CDD vient cependant en déduction de période d'essai insérée dans le CDI. Dans certains cas, compte tenu de la durée des contrats précédents, l'insertion d'une nouvelle période d'essai sera sans effet. Il reviendrait au même de parler d'une période d'essai illicite,

injustifiée. Mais dans d'autres cas, lorsque la durée du ou des CDD est inférieure à celle qui peut être valablement prévue pour l'essai, alors la stipulation de l'essai peut produire effet. La solution est opportune, en ce qu'elle donne toute sa vigueur à la finalité de l'essai et à l'idée selon laquelle une période d'essai doit être justifiée par la nécessité d'évaluer les compétences d'un salarié en début d'un contrat, et proportionnée à cette fin. Tout dépend donc des circonstances, du contexte, et l'on ne saurait formuler de solutions générales.

Des questions restent pourtant en suspens. En relevant qu'« il importe peu que le salarié ait occupé le même emploi, en exécution de différents contrats », la Cour semble simplement vouloir dire, en rapport à l'affaire qui lui est soumise, que la période d'essai demeure valable, alors même que le salarié occupe des fonctions identiques. Mais la formule employée demeure générale (généralité déduite de l'emploi de l'expression « le salarié », plutôt que « la salariée » s'agissant des faits de l'espèce). Faut-il comprendre que la réduction de l'essai doit également s'opérer en cas d'exercice de fonctions différentes ? Formellement d'ailleurs, l'article L. 1243-11 du Code du travail ne distingue pas selon la nature de l'emploi occupé. Un certain réalisme devrait cependant l'emporter : tout devrait dépendre de la possibilité qu'a eue, ou non, l'employeur d'apprécier les compétences du salarié. Si les fonctions sont réellement différentes, un nouvel essai, non déduit de la durée du contrat précédent, semble se justifier. Encore faut-il, bien évidemment réserver le cas où, en cours d'exécution d'un contrat, le salarié est amené à occuper d'autres fonctions, dans le cadre d'une promotion. Même en cas d'avenant ou de conclusion d'un nouveau contrat, il faut toujours estimer que seule une période probatoire peut être imposée au salarié, depuis le revirement de 2005. La même réserve doit être formulée s'agissant de l'établissement d'une éventuelle fraude. (...) »

- S. Tournaux, Droit social 2014, n°1 p.11 :

« La chambre sociale (précise) qu'il « importe peu que le salarié ait occupé le même emploi, en exécution de différents contrats ». La durée totale des contrats antérieurs doit donc être déduite du contrat définitif, peu important que les fonctions du salarié soient les mêmes ou non. Or, si les fonctions occupées par le salarié sont différentes, on peut se demander si l'application de cette règle a encore un sens. Littéralement, l'article L. 1243-11 ne distingue pas selon que le salarié a ou non assumé les mêmes fonctions, si bien que le raisonnement de la chambre sociale n'est pas critiquable. En revanche, y a-t-il un intérêt à déduire de la période d'essai du dernier contrat la durée des contrats antérieurs si le salarié n'a pas assumé les mêmes fonctions ? Le temps d'essai du dernier contrat se trouve substantiellement réduit, si bien que l'essai ne pourra pas permettre d'apprécier véritablement les compétences professionnelles du salarié à ses nouvelles fonctions. On en vient alors à penser que, sur l'ensemble de la durée des contrats antérieurs et de la période d'essai du dernier contrat, ce sont davantage les qualités personnelles du salarié qui peuvent être évaluées plutôt que ses compétences professionnelles qui, indirectement, importent peu. L'objectif de la période d'essai est alors en partie délaissé. »

Comment imputer la durée des CDD sur la période d'essai lorsque ceci se sont succédé avec une période d'interruption ? La chambre sociale n'a pas statué précisément sur cette question, mais de telles circonstances se retrouvent dans les arrêts précités :

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 31 janvier 2006, les circonstances de l'espèce étaient les suivantes :

- deux CDD du 14 février au 2 mars (17 jours) puis du 7 mars au 9 avril (3 jours) ; imputation de ces 20 jours sur la période d'essai conclue le 10 avril, approuvée par la chambre ;

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 13 juin 2012, les circonstances de l'espèce étaient les suivantes :

- succession de CDD sans interruption du 5 au 16 mai (12 jours) puis un CDD les 3 et 4 juin (2 jours) : imputation de ces 14 jours sur la période d'essai conclue le 1^{er} juillet ;

le conclusif de l'arrêt retient que la cour d'appel « avait constaté que la salariée avait, pendant une durée de quatorze jours au cours des mois de mai et juin 2006, exercé le même emploi d'employée de service auprès du même employeur qui avait donc déjà pu apprécier ses capacités professionnelles, ce dont il résultait que cette durée devait être déduite de la période d'essai prévue dans le nouveau contrat ».

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 9 octobre 2013, les circonstances de l'espèce étaient les suivantes :

- deux CDD du 7 au 8 août, puis du 13 au 14 août : imputation de ces 4 jours sur la période d'essai conclue le 17 août, approuvée par la chambre, qui retient que « 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 ».

Un parallèle peut cependant être fait avec le raisonnement applicable au délai de prescription d'une action en requalification d'une succession de contrats à durée déterminée ou de contrats de mission en contrat à durée indéterminée.

Selon l'article L. 1241-1 du code du travail, un contrat à durée déterminée ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. La même règle est posée par l'article L. 1251-5 du code du travail s'agissant du contrat de mission entre le salarié et l'entreprise de travail temporaire. Il en résulte qu'en cas de violation de ces dispositions, le salarié peut obtenir la requalification des contrats en un contrat unique, à durée indéterminée, et ce, même si ces contrats ne se sont pas succédés sans interruption : l'essentiel, pour la requalification, est d'établir l'unicité de la relation de travail :

Soc., 22 janvier 1992, pourvoi n° 88-43.428, Bulletin 1992 V N° 21

Une cour d'appel, qui constate qu'un salarié, employé en qualité d'animateur par divers contrats successifs à durée déterminée sous forme de " lettres d'engagement-cachet ", a travaillé pendant plus de 5 ans sans autre interruption que celle des congés légaux annuels, peut décider que celui-ci occupait un emploi permanent, alors même qu'il exerçait ses fonctions dans le secteur d'activité de l'audio-visuel..

Soc., 26 mai 1993, pourvoi n° 89-42.168

Mais attendu que, dans les secteurs d'activité mentionnés à l'article D. 121-2 du Code du travail au nombre desquels figure l'enseignement, seuls les emplois par nature temporaire peuvent donner lieu à la conclusion d'un contrat à durée déterminée en application de l'article L. 122-3-2 alors applicable et que, dès lors, la cour d'appel, qui a constaté que les trois salariés assuraient des enseignements dispensés de façon permanente dans l'établissement sans autre interruption que celle des vacances scolaires, a décidé à bon droit, abstraction faite de tous autres motifs, que les contrats de travail des intéressés étaient à durée indéterminée ; que le moyen n'est pas fondé ;

Soc., 4 décembre 2013, pourvoi n° 11-28.314

Et attendu qu'ayant retenu, d'une part, contrairement à ce que soutient le moyen, que les missions d'intérim s'étaient succédé avec de courtes périodes d'interruption en sorte qu'elles s'inscrivaient dans la continuité l'une de l'autre, et d'autre part, que durant cette succession de quatre cent soixante-trois missions et quels qu'en soient les motifs, le salarié avait occupé, du 2 septembre 1996 au 3 octobre 2006, le même emploi de receveur machiniste, la cour d'appel en a exactement déduit que le recours au travail temporaire avait eu pour objet ou pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ;

- Soc., 11 mai 2022, pourvoi n° 20-12.271, publié

Sommaire : La requalification en contrat à durée indéterminée pouvant porter sur une succession de contrats séparés par des périodes d'inactivité, ces dernières n'ont pas d'effet sur le point de départ du délai de prescription.

Voir les commentaires de ce dernier arrêt :

- à la Lettre de la chambre sociale (n°15, mai-juin-juillet 2022) :

La chambre sociale décide que l'existence de périodes d'inactivité entre plusieurs contrats de mission est sans effet sur le point de départ du délai de prescription d'une action en requalification de ces contrats en contrat à durée indéterminée, lequel court à compter du terme du dernier contrat de mission, ce qui s'inscrit dans la jurisprudence de la chambre tendant à apprécier globalement une relation de travail même interrompue par des périodes d'inactivité. En effet, les périodes interstitielles entre deux contrats de mission n'ont pas pour effet de rompre le bloc contractuel découlant de la succession de contrats de mission.

- à la Revue de jurisprudence sociale (07/22, n°397) :

Par cet arrêt, la chambre sociale de la Cour de cassation marque son refus de voir juger qu'une succession de contrats se réduit à une succession temporelle. Ce faisant, elle s'inscrit dans la continuité de décisions dont l'analyse semble révéler que le critère de qualification d'une succession de contrats repose sur des éléments permettant de caractériser l'existence d'une relation contractuelle unique.

L'arrêt attaqué par le présent pourvoi

En l'espèce, la salariée a été engagée par la société Euromed cardio en qualité d'infirmière :

- en CDD du 18 au 31 mai 2017 ;
- en CDD du 1^{er} au 30 juin 2017 ;
- en CDD du 1^{er} au 30 août 2017 ;
- en CDI à compter du 4 septembre 2017.

Dans ses conclusions devant la cour d'appel, la salariée soutenait à titre principal que la période d'essai lui était inopposable, en ce que sa durée était couverte par les périodes d'essai concluantes des trois CDD ayant précédé la signature du CDI. Elle se prévalait des arrêts précités des 13 juin 2012, n° 10-28.286 et 9 octobre 2013 n° 12-12.113. « La jurisprudence est claire : en présence de CDD conclus entre les parties, l'employeur doit déduire la totalité de la durée de la relation contractuelle ayant déjà existé entre eux dans le nouveau contrat car il a pu vérifier de manière indiscutable les aptitudes du salarié à occuper ses fonctions. En pratique, cela peut même aboutir à ne pas prévoir de période d'essai comme cela aurait dû être le cas en l'espèce pour Madame [S] » (p.9).

La cour d'appel a statué aux motifs suivants :

« La licéité de la stipulation d'une période d'essai dans le contrat à durée indéterminée conclu après des contrats à durée déterminée antérieurs, n'est pas en cause. L'existence de ces contrats à durée déterminée ne privait pas dans le principe l'employeur de la possibilité de prévoir une période d'essai dans le dernier contrat conclu.

Mais en application de l'article L1243-11 du code du travail, lorsqu'à l'issue d'un contrat à durée déterminée la relation contractuelle se poursuit immédiatement par un contrat à durée indéterminée, la durée du contrat de travail à durée déterminée est déduite de la période d'essai éventuellement prévue dans le nouveau contrat.

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.

Dès lors 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.

La durée du contrat à durée déterminée du 1er au 30 août doit donc être déduite de la période d'essai qui expirait le 4 octobre 2017.

Mais dès lors que l'employeur a rompu celle-ci par lettre du 17 septembre 2017, il se trouvait encore dans le délai pour le faire. »

4.2 - SUR LES DEUXIEME ET TROISIEME MOYENS

Le conseil de prud'hommes a retenu la nullité de la rupture de la période d'essai, en application des dispositions des articles L. 1225-1 L. 1225-2 et L. 1225-3 du code du travail, lesquels disposent :

Article L1225-1

L'employeur ne doit pas prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher, pour rompre son contrat de travail au cours d'une période d'essai ou, sous réserve d'une affectation temporaire réalisée dans le cadre des dispositions des articles L. 1225-7, L. 1225-9 et L. 1225-12, pour prononcer une mutation d'emploi.

Il lui est en conséquence interdit de rechercher ou de faire rechercher toutes informations concernant l'état de grossesse de l'intéressée.

Article L1225-2

La femme candidate à un emploi ou salariée n'est pas tenue de révéler son état de grossesse, sauf lorsqu'elle demande le bénéfice des dispositions légales relatives à la protection de la femme enceinte.

Article L1225-3

Lorsque survient un litige relatif à l'application des articles L. 1225-1 et L. 1225-2, l'employeur communique au juge tous les éléments de nature à justifier sa décision.

Lorsqu'un doute subsiste, il profite à la salariée enceinte.

Selon l'article L. 1225-71 du code du travail dans sa version antérieure à l'ordonnance n°2022-1387 du 22 septembre 2017, applicable au présent litige, « *l'inobservation par l'employeur des dispositions des articles L. 1225-1 à L. 1225-28 et L. 1225-35 à L. 1225-69 peut donner lieu à l'attribution de dommages et intérêts au profit du bénéficiaire, en plus de l'indemnité de licenciement* ».

Dans le code du travail antérieur à la recodification de 2008, l'article L. 122-30 du code du travail disposait :

« L'inobservation par l'employeur des dispositions des articles L. 122-25 à L. 122-28-10 peut donner lieu à l'attribution de dommages-intérêts au profit du bénéficiaire, en sus de l'indemnité de licenciement.

En outre, lorsque, en application des dispositions précitées, le licenciement est nul, l'employeur est tenu de verser le montant du salaire qui aurait été perçu pendant la période couverte par la nullité. »

Sous l'empire de ces dispositions, la chambre sociale jugeait qu'en application des dispositions de l'article L. 122-25 du code du travail (= L. 1225-1 après recodification), la rupture de la période d'essai en considération de l'état de grossesse ouvrait droit à la salariée aux dommages-intérêts prévus à l'article L.122-30 alinéa 1 du même code, mais pas au rappel de salaire prévu par l'alinéa 2, qui ne sanctionnait que « la violation des dispositions des articles L. 122-25-2 et suivants non applicables à la rupture en période d'essai » (L. 122-25-2 = L. 1225-4 après recodification).

Soc., 15 janvier 1997, pourvoi n° 94-43.755, Bull. n° 17.

Les dispositions des articles L. 1225-1 à L. 1225-3 précitées s'inscrivent plus largement dans la prohibition de rupture discriminatoire du contrat de travail à raison de l'état de grossesse : la rupture de la période d'essai pour ce motif est nulle (**Soc., 16 février 2005, pourvoi n° 02-43.402, Bull. 2005, V, n° 52**).

Cependant, selon l'article L.1231-1 du code du travail, les dispositions du titre III du livre II du code du travail relatif à la rupture du contrat de travail à durée indéterminée ne sont pas applicables pendant la période d'essai. Il en résulte qu'en cas d'annulation de la rupture de la période d'essai survenue pour un motif discriminatoire, le salarié ne peut prétendre à l'indemnité de préavis (**Soc., 12 septembre 2018, pourvoi n° 16-26.333, Bull. 2018, V, n° 146**). Le salarié ne peut prétendre à une indemnité sur le fondement de l'article L. 1235-3-1 du code du travail ; les juges du fond fixent les dommages-intérêts en fonction du préjudice subi, dont ils apprécient souverainement l'existence (**Soc., 9 janvier 2019, pourvoi n° 17-31.754**).

Il résulte de l'ensemble de ces dispositions que la rupture de la période d'essai par l'employeur en raison de la grossesse de la salariée est nulle pour discrimination, mais cette rupture ne s'analyse pas en un licenciement nul. Le régime de la preuve de la discrimination est spécifique, et prévu par l'article L. 1225-3 du code du travail.

Pour autant, l'article L. 1225-71 du code du travail dans sa version issue de l'ordonnance 2017-1387 du 22 septembre 2017, dispose désormais que « *l'inobservation par l'employeur des dispositions des articles L. 1225-1 à L. 1225-28 (...) peut donner lieu, au profit du salarié, à l'attribution d'une indemnité déterminée conformément aux dispositions de l'article L. 1235-3-1* ».

La chambre sociale n'a pas encore eu l'occasion de déterminer, en considération de ce texte dans cette version issue de l'ordonnance de 2017, les droits de la salariée dont la

période d'essai est rompue en considération de sa grossesse. Ces dispositions ne sont toutefois pas applicables au présent litige.

L'arrêt attaqué

En l'espèce, la salariée, dans ses conclusions (p. 15), soutenait que la rupture de sa période d'essai était nulle, pour violation des dispositions de l'article L. 1225-1 du code du travail). Elle indiquait avoir informé sa supérieure hiérarchique de sa grossesse le 13 septembre 2017, la rupture de la période d'essai lui ayant été notifiée dès le lendemain. Elle sollicitait des dommages-intérêts sur le fondement de l'article L. 1225-71 du code du travail.

La cour d'appel a statué aux motifs suivants :

« L'article L1225-1 interdit à l'employeur de prendre en considération l'état de grossesse pour rompre le contrat de travail de la salariée au cours de sa période d'essai et lorsque survient un litige relatif à l'application de cet article, il revient en application de l'article L1225-3 du code du travail à ce dernier de produire tous les éléments justificatifs démontrant que sa décision n'est pas liée à l'état de grossesse et dans le cas contraire, la rupture est sanctionnée par le seul octroi des dommages et intérêts prévus à l'article L1225-71 du même code et non la nullité de la rupture, l'article L1225-5 n'étant pas applicable à la période d'essai.

Mais en l'espèce la salariée invoque un motif de discrimination prohibé par la loi, dont la grossesse fait partie et invoque la nullité de la rupture de sa période d'essai.

Les dispositions de l'article L1132-1 du code du travail relatives aux discriminations illicites sont applicables à la période d'essai et s'il est constaté que le salarié a été évincé pour l'un des motifs prohibés visé à l'article précité, la rupture de la période d'essai est nulle.

En application de l'article L1134-1 du code du travail, lorsqu'un salarié invoque une discrimination prohibée, il lui appartient d'au moins présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence de la discrimination qu'il dénonce, à charge pour l'autre partie, dans l'affirmative, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Selon la salariée cette rupture intervenue le 17 septembre est concomitante à l'annonce de sa grossesse le 13 septembre à sa supérieure hiérarchique [V] [U], infirmière coordinatrice et le 15 septembre à [T] [L], infirmière cadre.

A l'appui de son assertion elle produit certes la preuve de son état de grossesse dont le premier certificat médical prénatal en date du 2 septembre 2017.

Mais ensuite elle se limite à produire son propre courrier de protestation du 20 septembre 2017 qui n'a que valeur déclarative et des échanges de SMS du 15 septembre avec selon elle, des collègues de travail, sans aucune identification, la salariée ayant surligné en noir les noms, numéro de téléphone et généralement tout élément afférent à l'identification. Ne reste que le contenu des messages tel que " et ils ont même pa le courage de lui dire que c parce qu'elle est enceinte ", " qu'il mette fin a sa période d'essai", "ni [V] ni [T] ne lui ont touche mots", "c [M] qui met fin au contrat", "alors que [T] a contate [I] a 15h pr lui dire qu elle est convoque a la direction", "et [V] qui s'en va a 17h comme une fleur. Comme si ele etait au courant de rien", "C [I] qui l knterpel pr ininforme", "Et elle voulait être honnête pour que [T] puisse prévoir le remplacement", "elle l a appris en motant dans la semaine car elle n avait tjr pas signe de contrat", "Et [M] ki luu dit que c un pb d homogeneite dans le service. Qu ele est la que depuis le 4 sept. Elle lui di no je suis la depuis le mois de mai", "elle lui a di je sais les raisons qui vous pousse a mettre fin au contrat. Mais c pas grave", "Motifs évidemment bidons", "ben il savait pas quoi lui dire", "il tournai autout du pot".

Mais la valeur probante de ces échanges est insuffisante et de surcroît ils ne traduisent que des éléments rapportés et des appréciations personnelles.

La salariée ne soutient pas qu'elle ait transmis officiellement le certificat de grossesse et sur l'information officieuse alléguée elle ne produit aucun témoignage rapportant l'information donnée ou dont il se déduirait la connaissance qu'en aurait l'employeur, pas plus que de trace par courrier ou SMS.

Ainsi aucun élément de fait ne vient établir que l'employeur avait bien connaissance de son état de grossesse au moment où il a rompu la période d'essai et dès lors aucun lien entre cet état et la décision de l'employeur ne laisse supposer la discrimination alléguée.

En conséquence faute pour la salariée intimée de satisfaire à son obligation préalable, elle doit être déboutée de sa demande de nullité de la rupture de sa période d'essai et de ses demandes subséquentes de dommages et intérêts et de production sous astreinte des documents de fin de contrat rectifiés. »