

13 janvier 2021

Cour de cassation

Pourvoi n° 19-12.522

Chambre sociale – Formation de section

Publié au Bulletin

ECLI:FR:CCASS:2021:SO00057

Titres et sommaires

CONTRAT DE TRAVAIL, RUPTURE - Licenciement économique - Licenciement collectif - Plan de sauvegarde de l'emploi - Annulation de la décision de validation ou d'homologation du plan - Effets - Nullité de la procédure de licenciement - Conditions - Absence ou insuffisance de plan de sauvegarde de l'emploi - Portée

Il résulte des articles L. 1235-10, L. 1235-11 et L. 1235-16 du code du travail, dans leur rédaction issue de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, que la procédure de licenciement collectif pour motif économique est nulle en cas d'annulation par la juridiction administrative d'une décision ayant procédé à la validation de l'accord mentionné à l'article L. 1233-24-1 du code du travail ou à l'homologation du document élaboré par l'employeur mentionné à l'article L. 1233-24-4 si cette annulation se fonde sur l'absence ou l'insuffisance de plan de sauvegarde de l'emploi. Tel n'est pas le cas de l'annulation par la juridiction administrative d'une décision ayant procédé à la validation de l'accord collectif déterminant le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi au motif de l'erreur de droit commise par l'administration en validant un accord qui ne revêtait pas le caractère majoritaire requis par l'article L. 1233-24-1 du code du travail, qui donne lieu à l'application des dispositions de l'article L. 1235-16 du même code

CONTRAT DE TRAVAIL, RUPTURE - Licenciement économique - Licenciement collectif - Plan de sauvegarde de l'emploi - Absence ou insuffisance du plan - Annulation de la décision de validation ou d'homologation du plan - Effets - Nullité de la procédure de licenciement - Portée

STATUTS PROFESSIONNELS PARTICULIERS - Voyageur représentant placier - Contrat de représentation - Cessation - Indemnités conventionnelles - Convention collective applicable à l'entreprise - Bénéfice - Condition

Il résulte de l'article L. 7313-17 du code du travail que, lorsque l'employeur est assujéti à une convention collective applicable à l'entreprise, le voyageur, représentant ou placier (VRP) peut, dans les cas de rupture du contrat de travail mentionnés aux articles L. 7313-13 et L. 7313-14, prétendre à une indemnité qui sera égale à celle à laquelle il aurait eu droit si, bénéficiant de la convention, il avait été licencié, dès lors que la convention collective applicable n'exclut pas les VRP de son champ d'application

STATUT COLLECTIF DU TRAVAIL - Conventions et accords collectifs - Dispositions générales - Domaine d'application - Etendue - Détermination - Pouvoirs des parties signataires - Portée

Texte de la décision

Entête

SOC.

IK

COUR DE CASSATION

Audience publique du 13 janvier 2021

Cassation partielle

M. CATHALA, président

Arrêt n° 57 FS-P+I
sur le moyen du PP
et sur les 4e et 8e moyens du PI

Pourvois n°
D 19-12.522
J 19-12.527 JONCTION

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

A U N O M D U P E U P L E F R A N Ç A I S

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, DU 13 JANVIER 2021

La société Solocal, société anonyme, dont le siège est [...], anciennement dénommée société Pages jaunes, a formé les pourvois n° D 19-12.522 et J 19-12.527 contre deux arrêts rendus le 8 novembre 2018 par la cour d'appel de Versailles (5e chambre), dans les litiges l'opposant respectivement :

1°/ à M. P... G..., domicilié [...],

2°/ à M. H... X..., domicilié [...],

défendeurs à la cassation.

MM. G... et X... ont formé un pourvoi incident contre les mêmes arrêts.

La demanderesse au pourvoi principal invoque, à l'appui de ses recours, le moyen unique de cassation commun annexé au présent arrêt.

Les demandeurs au pourvoi incident invoquent, à l'appui de leur recours, les huit moyens de cassation également annexés au présent arrêt.

Les dossiers ont été communiqués au procureur général.

Sur le rapport de Mme Marguerite, conseiller référendaire, les observations et les plaidoiries de la SCP Cécile, Texidor, Périer, avocat de la société Solocal, de la SCP Thouvenin, Coudray et Levy, avocat de MM. G... et X..., l'avis de Mme E..., après débats en l'audience publique du 17 novembre 2020 où étaient présents M. Cathala, président, Mme Marguerite, conseiller référendaire rapporteur, Mme Leprieur, conseiller doyen, M. Pietton, Mmes Le Lay, Mariette, M. Barincou, conseillers, Mme Duvallet, M. Le Corre, Mme Prache, conseillers référendaires, Mme Berriat, avocat général, et Mme Pontonnier, greffier de chambre,

la chambre sociale de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt ;

Jonction

1. En raison de leur connexité, les pourvois n° D 19-12.522 et J 19-12.527 sont joints.

Exposé du litige

Faits et procédure

2. Selon les arrêts attaqués (Versailles, 8 novembre 2018), MM. G... et X..., salariés de la société Pages jaunes, devenue la société Solocal, ont été licenciés pour motif économique dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi contenu dans un accord collectif majoritaire signé le 20 novembre 2013 et validé par le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi d'Ile-de-France le 2 janvier 2014. Par arrêt du 22 octobre 2014, statuant sur le recours d'un autre salarié, une cour administrative d'appel a annulé cette décision de validation, au motif que l'accord du 20 novembre 2013 ne revêtait pas le caractère majoritaire requis par les dispositions de l'article L. 1233-24-1 du code du travail et le Conseil d'Etat a, le 22 juillet 2015, rejeté les pourvois formés contre cet arrêt.

3. Les salariés avaient saisi la juridiction prud'homale pour contester la validité et le caractère réel et sérieux de leur licenciement et obtenir, en outre, le paiement de sommes à titre de complément d'indemnité conventionnelle de licenciement et de rappel de salaire sur congé de reclassement.

Moyens

Examen des moyens

Sur les sixième et dixième moyens du pourvoi incident ;

Motivation

4. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Moyens

Mais sur le moyen du pourvoi principal

Enoncé du moyen

5. L'employeur fait grief aux arrêts de juger que le licenciement des salariés est nul et de le condamner à leur verser une indemnité au visa de l'article L. 1235-11 du code du travail, alors « qu'il résulte de la combinaison des articles L. 1235-10, L. 1235-11 et L. 1235-16 du code du travail que l'annulation de la décision de validation ou d'homologation produit des conséquences différentes selon le motif de cette annulation ; qu'en vertu des articles L. 1235-10 et L. 1235-11 du code du travail, l'annulation de la décision de validation ou d'homologation donne au salarié licencié un droit à réintégration ou au paiement d'une indemnité minimale de 12 mois de salaire uniquement lorsque cette annulation est motivée par l'absence ou l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi ; qu'en conséquence, lorsque l'annulation de la décision de validation est motivée par l'absence de caractère majoritaire de l'accord contenant le plan de sauvegarde de l'emploi, sans que le juge administratif ne mette en cause l'existence ou le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, elle donne au salarié le droit au paiement d'une indemnité minimale de six mois de salaire, en application de l'article L. 1235-16 du code du travail ; qu'en jugeant, en l'espèce, que l'annulation de la décision de validation en raison de l'absence de caractère majoritaire de l'accord ne constitue pas une irrégularité de forme, mais remet en cause l'existence même du plan, aux motifs tout aussi inopérants qu'erronés que la conclusion d'un accord majoritaire constitue une condition légale de formation du plan, qu'un accord minoritaire ne peut légalement organiser la rupture collective de contrats et que le plan ne peut être considéré comme un document unilatéral pour n'avoir pas été soumis au contrôle renforcé de l'administration, la cour d'appel a violé les articles L. 1235-10, L. 1235-11 et L. 1235-16 du code du travail. »

Motivation

Réponse de la Cour

Vu les articles L. 1235-10, L. 1235-11 et L. 1235-16 du code du travail, dans leur version issue de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 :

6. Selon les deux premiers de ces articles, est nul le licenciement intervenu en l'absence de toute décision relative à la

validation de l'accord mentionné à l'article L. 1233-24-1 du code du travail ou à l'homologation du document élaboré par l'employeur mentionné à l'article L. 1233-24-4 ou alors qu'une décision négative a été rendue ainsi que le licenciement intervenu alors que la procédure de licenciement est nulle en cas d'annulation d'une décision ayant procédé à la validation ou à l'homologation en raison d'une absence ou d'une insuffisance de plan de sauvegarde de l'emploi. Selon le troisième de ces textes, l'annulation de la décision de validation ou d'homologation pour un motif autre que l'absence ou l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi donne lieu, sous réserve de l'accord des parties, à la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis. A défaut, le salarié a droit à une indemnité à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois.

7. Il en résulte que l'annulation par la juridiction administrative d'une décision ayant procédé à la validation de l'accord collectif déterminant le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi au motif de l'erreur de droit commise par l'administration en validant un accord qui ne revêtait pas le caractère majoritaire requis par l'article L. 1233-24-1 du code du travail n'est pas de nature à entraîner la nullité de la procédure de licenciement collectif pour motif économique mais donne lieu à l'application des dispositions de l'article L. 1235-16 du même code.

8. Pour juger les licenciements nuls et octroyer aux salariés une indemnité au visa de l'article L. 1235-11 du code du travail, les arrêts retiennent que l'annulation de l'accord collectif en raison de son absence de caractère majoritaire équivaut à une absence d'accord et que dès lors le plan de sauvegarde de l'emploi qu'il instituait ne peut plus être juridiquement regardé comme existant au sens des dispositions de l'article L. 1233-24-1 du code du travail et ne peut plus recevoir application. Les arrêts ajoutent qu'il ne peut pas être regardé comme un document unilatéral de l'employeur puisqu'il n'a pas été soumis au contrôle renforcé de l'administration. Ils en concluent que l'accord collectif ayant été annulé pour un motif relevant des dispositions de l'article L. 1235-10, alinéa 2, du code du travail, ce sont donc exclusivement les dispositions de l'article L. 1235-11 qu'il convient d'appliquer.

9. En statuant ainsi, alors que le juge administratif avait annulé la décision de validation pour un motif ne reposant pas sur l'absence de plan de sauvegarde de l'emploi, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Et sur les quatrième et huitième moyens du pourvoi incident

Moyens

Enoncé du moyen

10. MM. G... et X... font grief aux arrêts de décider que la convention collective des voyageurs, représentants ou placiers (VRP) s'applique à la relation de travail, et de les débouter de leur demande à titre de complément d'indemnité conventionnelle de licenciement sur le fondement de la convention collective de la publicité, alors « qu'en vertu de l'article L. 7313-17 du code du travail, lorsque l'employeur est assujéti à une convention collective applicable à l'entreprise, le VRP peut prétendre en tout état de cause à une indemnité qui sera égale à celle à laquelle il aurait eu droit si, bénéficiant de la convention, il avait été licencié ; qu'en retenant, pour dire que le salarié ne peut revendiquer l'application de la convention collective de la publicité, d'une part que la convention collective des VRP s'impose aux rapports nés des contrats de travail conclus entre les employeurs et les représentants de commerce, sauf dispositions conventionnelles plus favorables expressément applicables aux représentants de commerce, d'autre part au visa de son article 2 que la convention de la publicité ne prévoit pas son applicabilité aux représentants ayant le statut de VRP alors que cette convention ne vise aucunement l'exclusion expresse des VRP, la cour d'appel a violé les articles L. 7313-17 et L. 2251-1 et du code du travail, les articles 2, 31, 50 et 69 de la convention collective nationale de travail des cadres, techniciens et employés de la publicité française du 22 avril 1955, ensemble le principe de faveur. »

Motivation

Réponse de la Cour

Vu l'article L. 7313-17 du code du travail et l'article 2 de la convention collective nationale de travail des cadres, techniciens et employés de la publicité française du 22 avril 1975 :

11. Il résulte de l'article L. 7313-17 du code du travail que, lorsque l'employeur est assujéti à une convention collective applicable à l'entreprise, le voyageur, représentant ou placier (VRP) peut, dans les cas de rupture du contrat de travail mentionnés aux articles L. 7313-13 et L. 7313-14, prétendre à une indemnité qui sera égale à celle à laquelle il aurait eu droit si, bénéficiant de la convention, il avait été licencié, dès lors que la convention collective applicable n'exclut pas les VRP de son champ d'application.

12. Pour débouter les salariés de leur demande de complément d'indemnité conventionnelle de licenciement fondée sur la convention collective nationale de travail des cadres, techniciens et employés de la publicité française du 22 avril 1975, les arrêts retiennent que les stipulations de son article 2 ne prévoient pas son application aux VRP.

13. En statuant ainsi, alors que la convention collective nationale de travail des cadres, techniciens et employés de la publicité française du 22 avril 1975 n'exclut pas les VRP de son champ d'application, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Portée et conséquences de la cassation

14. En application de l'article 624 du code de procédure civile, la cassation des chefs de dispositif déboutant les salariés de leurs demandes tendant au bénéfice de l'indemnité de licenciement prévue par la convention collective nationale de la publicité et décidant que la convention collective des VRP s'applique à la relation contractuelle entraîne la cassation des chefs de dispositif fixant à une certaine somme le salaire de référence pour le calcul de cette indemnité qui s'y rattachent par un lien de dépendance nécessaire.

Dispositif

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi incident, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'ils disent que le licenciement des salariés est nul, décident que la convention collective des VRP s'applique à la relation de travail, fixent le salaire moyen mensuel, condamnent l'employeur à verser aux salariés une somme à titre d'indemnité au visa de l'article L. 1235-11 du code du travail et déboutent les salariés de leur demande de complément d'indemnité conventionnelle de licenciement, les arrêts rendus le 8 novembre 2018, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ;

Remet, sur ces points, les affaires et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ces arrêts et les renvoie devant la cour d'appel de Paris ;

Laisse à chacune des parties la charge des dépens par elle exposés ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite des arrêts partiellement cassés ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du treize janvier deux mille vingt et un.

Moyens annexés

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyen commun produit, aux pourvois principaux D 19-12.522 et J 19-12.527, par la SCP Célice, Texidor, Périer, avocat aux Conseils, pour la société Solocal

Il est fait grief aux arrêts infirmatifs attaqués d'AVOIR dit que le licenciement des salariés défendeurs aux pourvois est nul et d'AVOIR condamné la société Pagesjaunes à verser à chacun des salariés défendeurs au pourvoi une indemnité au visa de l'article L. 1235-11 du code du travail ;

AUX MOTIFS QUE « L'adoption, la validation et l'annulation d'un PSE étaient régies, à l'époque du licenciement, par les dispositions du code du travail suivantes : - l'article L. 1233-57-2 aux termes duquel l'autorité administrative valide l'accord collectif mentionné à l'article L. 1233-24-1 dès lors qu'elle s'est assurée de : 1° Sa conformité aux articles L. 1233-24-1 à L. 1233-24-3 ; 2° La régularité de la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise et, le cas échéant, du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et de l'instance de coordination mentionnée à l'article L. 4616-1 ; 3° La présence dans le plan de sauvegarde de l'emploi des mesures prévues aux articles L. 1233-61 et L. 1233-63. - l'article L. 1233-24-1 qui dispose « Dans les entreprises de cinquante salariés et plus, un accord collectif peut déterminer le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi mentionné aux articles L. 1233-61 à L. 1233-63 ainsi que les modalités de consultation du comité d'entreprise et de mise en oeuvre des licenciements. Cet accord est signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants. L'administration est informée sans délai de l'ouverture d'une négociation en vue de l'accord précité. » - l'article L. 1235-10 qui prévoit « Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, lorsque le projet de licenciement concerne au moins dix salariés dans une même période de trente jours, le licenciement intervenu en l'absence de toute décision relative à la validation ou à l'homologation ou alors qu'une décision négative a été rendue est nul. En cas d'annulation d'une décision de validation mentionnée à l'article L. 1233-57-2 ou d'homologation mentionnée à l'article L. 1233-57-3 en raison d'une absence ou d'une insuffisance de plan de sauvegarde de l'emploi mentionné à l'article L. 1233-61, la procédure de licenciement est nulle. Les deux premiers alinéas ne sont pas applicables aux entreprises en redressement ou liquidation judiciaires » ; - et enfin l'article L. 1235-11 qui se lit ainsi « Lorsque le juge constate que le licenciement est intervenu alors que la procédure de licenciement est nulle, conformément aux dispositions des deux premiers alinéas de l'article L. 1235-10, il peut ordonner la poursuite du contrat de travail ou prononcer la nullité du licenciement et ordonner la réintégration du salarié à la demande de ce dernier, sauf si cette réintégration est devenue impossible, notamment du fait de la fermeture de l'établissement ou du site ou de l'absence d'emploi disponible. Lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de son contrat de travail ou lorsque la réintégration est impossible, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur qui ne peut être inférieure aux salaires des douze derniers mois. » Il résulte de la combinaison de ces textes, issus de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, qu'il existe deux modes d'élaboration d'un PSE : - la conclusion d'un accord majoritaire validé par l'administration dans le cadre du contrôle limité de L. 1233-57-2 du code du travail ; - l'établissement d'un document unilatéral (ou non majoritaire) soumis à homologation et au contrôle renforcé de l'administration prévu à l'article L.1233-57-3 du code du travail. De même, il s'induit de ces textes que la nullité des licenciements n'est encourue que dans trois hypothèses : - lorsque l'employeur a procédé à la rupture des contrats de travail avant la notification de la décision d'homologation ou de validation ou avant l'expiration des délais valant décision implicite d'homologation ou de validation ; - lorsque le licenciement est intervenu en l'absence de toute décision de validation ou d'homologation ; - lorsque l'homologation a été ultérieurement annulée en raison d'une absence ou insuffisance de PSE. Enfin, s'induit également de ces textes que les conséquences de l'annulation de la décision administrative sont déterminées au seul regard du motif retenu par le juge administratif. S'il s'agit d'un motif tiré de l'absence ou de l'insuffisance de plan, s'appliquent les dispositions de l'article L. 1235-10 du code du travail. Le cas

échéant, il doit être fait application des dispositions de l'article L. 1235-16 du même code. La question qui se pose à la cour est donc de savoir si l'annulation de la décision administrative au motif que l'accord collectif n'est pas un accord majoritaire pouvant donner lieu à validation d'un PSE équivaut, ou non, à une absence de plan. Contrairement à l'argumentation soutenue par la société Pages Jaunes, et même si aucun contrôle du contenu ni de la suffisance du plan n'intervient lorsqu'il est présenté à l'administration sous couvert d'un accord majoritaire, l'annulation de celui-ci en raison de son absence de caractère majoritaire ne saurait être considérée comme une irrégularité de pure forme. Il s'agit au contraire d'une condition légale de la formation du plan et l'absence de majorité pour son adoption équivaut nécessairement à une absence d'accord. Dès lors, le PSE qu'il instituait ne peut plus être juridiquement regardé comme existant au sens des dispositions de l'article L. 1233-24-1 du code du travail et il a dégénéré en accord collectif minoritaire insusceptible d'organiser la rupture collective de contrats de travail. Il ne peut pas davantage être considéré comme un document unilatéral puisqu'il n'a pas été soumis au contrôle renforcé de l'administration prévu à l'article L.1233-57-3 du code du travail. L'accord litigieux n'a donc ni la valeur ni les effets d'un accord collectif et son contenu n'est alors pas opposable aux salariés. En l'espèce, il est constant que le licenciement de [la salariée] est intervenu dans le cadre d'un PSE déterminé par un accord collectif dont la validation par la DIRECCTE a été ultérieurement annulée par un arrêt du 22 octobre 2014 de la cour administrative appel de Versailles, confirmé par le Conseil d'Etat le 22 juillet 2015. L'accord collectif, ayant été annulé pour un motif relevant des dispositions de l'article L. 1235-10 alinéa 2, ce sont donc exclusivement les dispositions de l'article L. 1235-11 du code du travail qu'il convient d'appliquer au présent litige. Par contre, l'indemnisation prévue dans ce cas de nullité réparant les conséquences de la perte de l'emploi, il n'y a pas lieu, comme sollicité par [la salariée], de statuer également sur la réalité des motifs économiques ayant présidé à son licenciement. En effet, tant l'indemnité liée à la nullité du licenciement que celle prévue en réparation du préjudice lié à un licenciement jugé sans cause réelle et sérieuse sont destinées à réparer les conséquences d'une rupture subie du contrat de travail. Elles ne peuvent donc se cumuler, la cour relevant d'ailleurs que le seul cumul possible est prévu par l'article L. 1235-16 du code du travail et concerne l'indemnité de licenciement. En considération de ces observations, la cour juge le licenciement de [la salariée] nul et dit qu'elle doit percevoir une indemnité calculée conformément aux seules dispositions de l'article L. 1235-11 du code du travail. Le jugement entrepris doit être infirmé en ce sens » ;

ALORS QU' il résulte de la combinaison des articles L. 1235-10, L. 1235-11 et L. 1235-16 du code du travail que l'annulation de la décision de validation ou d'homologation produit des conséquences différentes selon le motif de cette annulation ; qu'en vertu des articles L. 1235-10 et L. 1235-11 du code du travail, l'annulation de la décision de validation ou d'homologation donne au salarié licencié un droit à réintégration ou au paiement d'une indemnité minimale de 12 mois de salaire uniquement lorsque cette annulation est motivée par l'absence ou l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi ; qu'en conséquence, lorsque l'annulation de la décision de validation est motivée par l'absence de caractère majoritaire de l'accord contenant le plan de sauvegarde de l'emploi, sans que le juge administratif ne mette en cause l'existence ou le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, elle donne au salarié le droit au paiement d'une indemnité minimale de six mois de salaire, en application de l'article L. 1235-16 du code du travail ; qu'en jugeant, en l'espèce, que l'annulation de la décision de validation en raison de l'absence de caractère majoritaire de l'accord ne constitue pas une irrégularité de forme, mais remet en cause l'existence même du plan, aux motifs tout aussi inopérants qu'erronés que la conclusion d'un accord majoritaire constitue une condition légale de formation du plan, qu'un accord minoritaire ne peut légalement organiser la rupture collective de contrats et que le plan ne peut être considéré comme un document unilatéral pour n'avoir pas été soumis au contrôle renforcé de l'administration, la cour d'appel a violé les articles L. 1235-10, L. 1235-11 et L. 1235-16 du code du travail.

Moyens produits, au pourvoi incident, par la SCP Thouvenin, Coudray et Levy, avocat aux Conseils, pour MM. G... et X...

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION propre à M. G...

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR décidé que la convention collective des VRP s'applique à la relation contractuelle et d'AVOIR débouté le salarié de sa demande de complément d'indemnité conventionnelle de licenciement sur le fondement de la convention collective de la publicité.

AUX MOTIFS QUE la convention collective applicable se détermine par référence à l'activité principale de l'entreprise lorsque ses autres activités, relevant de conventions différentes, ne constituent pas des activités autonomes auxquels on puisse appliquer distributivement des conventions dont elles relèveraient exclusivement ; que la convention collective correspondant à l'activité principale doit s'appliquer à l'ensemble des activités et accessoires de l'entreprise ; que par

ailleurs, l'accord ou la convention de droit privé prime sur la convention choisie pour toutes ses dispositions plus favorables ; que dès lors qu'elle constitue un avantage non prévu par la loi, la convention collective est totalement libre d'en fixer les conditions ; qu'au contraire, en cas de concours entre des dispositions légales ou conventionnelles et les avantages prévus par ces dernières, aucun cumul n'est possible, sauf dispositions contraires ; que les comparaisons s'effectuent individuellement et pour chaque avantage ; qu'il sera également rappelé qu'un accord de niveau inférieur (convention de branche ou accord professionnel ou interprofessionnel) peut déroger à un accord de niveau supérieur tant s'agissant du champ territorial que s'agissant du champ professionnel, dès lors que les signataires de l'accord n'ont pas expressément exclu cette possibilité ; qu'il appartient donc aux signataires de celui-ci de déterminer, clause par clause, quelle est la portée de cet accord par rapport à celle du niveau inférieur ; qu'en cas de silence, les nouvelles clauses ont un caractère supplétif ; qu'il en est de même pour les adaptations des normes de rang inférieur aux évolutions de celle de rang supérieur ; qu'enfin, au regard de l'article L. 2253-3 du code du travail, en matière de salaires minima, de classifications, de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, de prévention de la pénibilité prévue au titre VI du livre Ier de la quatrième partie, d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes mentionnée à l'article L. 2241-3 et de mutualisation des fonds de la formation professionnelle, une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ne peut comporter de clauses dérogeant à celles des conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels ; que dans les autres matières, la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement peut comporter des stipulations dérogeant en tout ou en partie à celles qui lui sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, sauf si cette convention ou cet accord en dispose autrement ; qu'en l'espèce, il est constant que la société Pages Jaunes applique deux conventions collectives, celle des VRP et celle de la Publicité et qu'elle dispose par ailleurs, depuis le 1er janvier 2004, d'un accord d'entreprise particulier ; que la convention collective nationale de travail des cadres, techniciens et employés de la publicité française du 22 avril 1955 telle que modifiée par additif du 14 mars 1975 et étendue par arrêté du 17 juillet 1975, dispose, en son article premier : La présente convention nationale a pour objet de régler les conditions générales de travail et les rapports entre les employeurs et les cadres, techniciens, agents de maîtrise et employés des entreprises de la publicité et assimilées, telles que définies aux groupes 77-10 et 77-11 des nomenclatures d'activités et de produits, établies par l'INSEE, décret du 9 novembre 1973, et ressortissant aux organisations syndicales ci-dessus énoncées (1). Elle ne peut être l'occasion de restrictions aux avantages acquis antérieurement, de quelque nature qu'ils soient ; qu'aux termes de son article 2, modifié par avenant n° 10 du 7 juin 1974 et en vigueur étendu par arrêté du 17 juillet 1975 : Le personnel administratif employé des organismes ressortissant à la confédération de la publicité française et aux parties signataires de la présente convention bénéficiera de la présente convention. Les salariés des différentes professions étrangères à la publicité qui exercent leur activité à temps complet dans les entreprises de publicité et assimilées, ressortissant aux organisations syndicales ci-dessus énoncées, bénéficieront de la présente convention, sans que leur rémunération puisse être inférieure à celle que leur assuraient les conventions régissant leurs professions. Exception est faite pour les entreprises appliquant à une partie de leur personnel les dispositions d'autres conventions collectives. La direction précisera, par écrit et à l'embauche, à chacun des membres de son personnel, de quelle convention il relève » ; que pour sa part, aux termes du 3° du préambule de l'accord national interprofessionnel des voyageurs, représentants, placiers du 3 octobre 1975, étendu par arrêté du 20 juin 1977 et élargi par arrêté du 28 juin 1989 : Considérant que l'article L. 751-9 (dernier alinéa) du code du travail ouvre aux représentants de commerce le droit à une indemnité conventionnelle de licenciement ou de mise à la retraite, décident, en conséquence, d'instaurer ces indemnités par la présente convention collective qui sera seule applicable aux représentants de commerce, sauf dans le cas où une autre convention collective liant l'entreprise comporterait des dispositions plus favorables expressément applicables aux représentants de commerce, dispositions qui sont également reprises à l'article 19 qui dispose : La présente convention collective s'applique aux contrats de travail conclus entre les employeurs et les représentants de commerce visés et s'impose aux rapports nés de ces contrats, sauf dispositions conventionnelles plus favorables expressément applicables aux représentants de commerce ; qu'il se déduit de ces dispositions que la convention collective des VRP doit s'appliquer aux contrats de travail conclus entre les employeurs et les représentants de commerce et qu'elle s'impose aux rapports nés de ces contrats, sauf dispositions conventionnelles plus favorables expressément applicables aux représentants de commerce ; or, les dispositions de la convention collective de la publicité, telles que rappelées ci-dessus, sont sans ambiguïté ni contradiction en ce qu'elles ne prévoient pas son applicabilité aux représentants ayant le statut de VRP lesquels relèvent de la convention collective des VRP ; que d'ailleurs, le contrat de travail [du salarié], employé comme VRP, ainsi que les bulletins de salaire qui lui ont été délivrés, font expressément mention de l'application, à la relation de travail, de cette dernière convention, ce qu'il n'a jamais contesté en son temps ; que c'est à tort que [le salarié] invoque plusieurs arrêts de la Cour de cassation ayant

écarté la convention collective des représentants au profit d'autres conventions collectives, ces arrêts étant relatifs soit à des accords qui n'excluaient pas leur application aux salariés relevant d'autres dispositions conventionnelles, ce qui n'est pas le cas de celle de la publicité, soit à des salariés qui se trouvaient hors du champ de la convention collective des VRP et de l'ANI (souvent car non prévu au contrat de travail), ce qui n'est pas non plus le cas en l'espèce ; qu'en conséquence, [le salarié] ne peut revendiquer l'application de la convention collective de la publicité.

ALORS QUE en vertu de L. 7313-17 du code du travail, lorsque l'employeur est assujéti à une convention collective applicable à l'entreprise, le VRP peut prétendre en tout état de cause à une indemnité qui sera égale à celle à laquelle il aurait eu droit si, bénéficiant de la convention, il avait été licencié ; qu'en retenant, pour dire que le salarié ne peut revendiquer l'application de la convention collective de la publicité, d'une part que la convention collective des VRP s'impose aux rapports nés des contrats de travail conclus entre les employeurs et les représentants de commerce, sauf dispositions conventionnelles plus favorables expressément applicables aux représentants de commerce, d'autre part au visa de son article 2 que la convention de la publicité ne prévoit pas son applicabilité aux représentants ayant le statut de VRP alors que cette convention ne vise aucunement l'exclusion expresse des VRP, la cour d'appel a violé les articles L. 7313-17 et L. 2251-1 et du code du travail, les articles 2, 31, 50 et 69 de la convention collective nationale de travail des cadres, techniciens et employés de la publicité française du 22 avril 1955, ensemble le principe de faveur.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION SUBSIDIAIRE propre à M. G...

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR fixé le salaire moyen à un montant inférieur à celui sollicité par le salarié et d'AVOIR débouté le salarié de sa demande de complément d'indemnité conventionnelle de licenciement.

AUX MOTIFS QUE la convention d'entreprise du 1er janvier 2004 prévoit spécifiquement une indemnité conventionnelle de rupture pour les bénéficiaires de l'accord interprofessionnel VRP ; que c'est ainsi que "Sauf licenciement pour insuffisance ou faute professionnelles, l'indemnité conventionnelle de rupture prévue par l'accord national interprofessionnel des VRP donne lieu à un double calcul : a) celui défini en son article 13, b) celui dont l'assiette est constituée par la moyenne mensuelle de la meilleure des cinq années civiles précédant le départ, sous déduction des frais professionnels, après revalorisation selon l'évolution de l'indice INSEE, le montant le plus favorable étant retenu" ; qu'aux termes des dispositions de l'article 13 de la convention collective des VRP "lorsque, après 2 ans d'ancienneté dans l'entreprise, le représentant de commerce se trouve dans l'un des cas de cessation du contrat prévus à l'article L. 751-9, alinéas 1er et 2, du code du travail (1) alors qu'il est âgé de moins de 65 ans et qu'il ne rentre pas dans le champ d'application de l'article 15 du présent accord, l'indemnité à laquelle l'intéressé peut prétendre en vertu des dispositions du dernier alinéa de l'article L. 751-9 précité est fixée comme suit, dans la limite d'un maximum de 6 mois et demi (2) : pour les années comprises entre 0 et 3 ans d'ancienneté : 0,15 mois par année entière ; pour les années comprises entre 3 et 10 ans d'ancienneté : 0,20 mois par année entière ; pour les années comprises entre 10 et 15 ans d'ancienneté : 0,25 mois par année entière ; pour les années au-delà de 15 ans d'ancienneté : 0,30 mois par année entière. Cette indemnité conventionnelle de rupture, qui n'est cumulable ni avec l'indemnité légale de licenciement ni avec l'indemnité de clientèle, sera calculée sur la rémunération moyenne mensuelle des douze derniers mois, déduction faite des frais professionnels. Toutefois, cette indemnité sera calculée sur la seule partie fixe convenue de cette rémunération lorsque l'intéressé bénéficiera également de l'indemnité spéciale de rupture prévue à l'article 14 ci dessous" ; que pour sa part, l'article L. 7313-17 du code du travail prévoit : "Lorsque l'employeur est assujéti à une convention ou accord collectif de travail ou à une décision unilatérale de sa part ou d'un groupement d'employeurs, le voyageur, représentant ou placier peut, dans les cas de rupture du contrat de travail mentionnés aux articles L. 7313-13 et L. 7313-14, bénéficier d'une indemnité. L'indemnité est égale à celle à laquelle le voyageur, représentant ou placier aurait pu prétendre si, bénéficiant de la convention ou du règlement il avait, selon son âge, été licencié ou mis à la retraite. Cette indemnité n'est pas cumulable avec l'indemnité de clientèle. Seule la plus élevée est due" ; que les pièces produites aux débats permettent donc bien de retenir les dispositions de la convention collective des VRP comme étant celles les plus favorables pour [le salarié] ; qu'au regard des dispositions applicables, et contrairement à ce que soutient l'employeur, il doit être retenu, à défaut de dispositions légales ou conventionnelles dérogatoires plus favorables, pour déterminer le salaire de base sur lequel est calculée l'indemnité de licenciement, la période de rémunération correspondant aux 12 mois précédant l'envoi de la lettre de licenciement, en dehors de toute période de suspension du contrat de travail ; que si par lettre du 20 février 2014, l'employeur a notifié à M. G... qu'il entrait dans une période consacrée à la recherche de solutions de reclassement interne, qu'il était dispensé d'activité, tout en demeurant intégralement rémunéré, il n'en demeure pas

moins que le contrat de travail n'étant pas suspendu, la période durant laquelle il a été dispensé de travailler, mais rémunéré, entre dans l'assiette de calcul servant à la détermination du salaire de base pour déterminer le montant de l'indemnité de licenciement ; que la période de référence est donc celle débutant le 1er mai 2013 et se terminant le 30 avril 2014, dernier mois entièrement travaillé ; que s'agissant du salaire de référence, ne doivent être totalisés que les éléments correspondant à la notion de salaire, c'est-à-dire ceux qui sont la contrepartie d'un travail effectif ou assimilé comme tel. Doivent ainsi être incluses : toutes les primes perçues par le salarié au cours des 12 derniers mois, les heures supplémentaires, les indemnités de congés payés versées par l'employeur ou par des caisses de congés payés ainsi que la part de rappel de salaire correspondant à la période de référence au titre de laquelle l'employeur a été condamné ; doivent à l'inverse être exclus : le remboursement des frais professionnels réellement exposés pour l'exécution du travail (qu'ils soient définis forfaitairement ou au réel), l'indemnité compensatrice de congés payés, qui n'est pas un élément de salaire se rapportant à la période de référence, les commissions et l'intéressement perçus pendant la période de référence mais relatifs à des affaires antérieures, et les sommes correspondant à l'indemnisation du congé de reclassement dès lors qu'elles n'ont pas été versées en remplacement ou en complément du salaire habituellement perçu par le salarié ; qu'en l'espèce, sur la période de référence retenue, aucun élément ne permet de considérer qu'une partie des commissions due à M. G... n'aurait pas été prise en compte ; qu'au contraire, les bulletins de salaire de l'intéressé font apparaître qu'elles lui ont été versées chaque mois, y compris durant la période de dispense d'activité et celle du congé de reclassement ; que d'ailleurs, aucune des parties ne démontre, ni ne chiffre, quelles seraient les commissions qui relèveraient d'une autre période que celle de référence, et qui devraient donc être exclues de l'assiette de salaire, ni celles qui n'auraient pas été intégrées ; que de même, la cour constate que les parties n'ont formulé aucune remarque sur la nature des diverses primes perçues par le salarié au cours de la relation de travail de sorte qu'elles seront considérées comme étant la contrepartie d'un travail effectif et intégrées au salaire de référence ; que par contre, la lecture des bulletins de salaire émis au cours de la période de référence, non contestés des parties, enseigne que M. G... a perçu, au cours du mois de mars 2014, une indemnité liée à la recherche de reclassement interne ; que cette indemnité, prévue par un PSE ultérieurement annulé, a été octroyée en sus de sa rémunération habituelle, dont le niveau est demeuré au moins égal, parfois même supérieur, aux périodes précédentes ; que son caractère indemnitaire, non lié à la contrepartie d'un travail effectif ou considéré comme tel, l'empêche d'être retenue dans l'assiette des rémunérations ; qu'aux termes de l'article 13 de la convention collective applicable, l'indemnité conventionnelle de rupture est calculée sur la base de la rémunération moyenne mensuelle des 12 derniers mois après déduction des frais professionnels évalués forfaitairement à 30% si le VRP ne percevait aucun remboursement de frais ou sans tenir compte de ces remboursements dans le cas contraire ; que le contrat de travail [du salarié] prévoit, en son article 5, que les commissions englobent les frais que l'intéressé est susceptible d'engager pour les besoins de sa fonction ; que la cour constate que [le salarié] n'en a jamais critiqué la légitimité au cours de la relation de travail et relève que, contrairement à ses allégations que la société a mis en oeuvre cette déduction sur la base d'un accord collectif signé à l'unanimité par toutes les organisations syndicales représentatives, le 27 novembre 2003 ; que cet accord prévoit ainsi à l'article 1 : "Les parties décident par le présent accord de maintenir l'abattement forfaitaire spécifique de l'assiette des cotisations sociales pour frais professionnels (30% limité à 7600 €) pour chaque VRP de Pages jaunes" ; que dès lors, il y a lieu de calculer le montant de l'indemnité conventionnelle de rupture en procédant à l'abattement prévu à la convention collective d'autant plus que la société justifie avoir procédé à cet abattement jusqu'au plafond de 7 600 euros et, lorsqu'il a été atteint, avoir procédé à une régularisation et assujetti, pour les mois suivants, l'intégralité de la rémunération perçue à la cotisation assurance chômage ; que la rémunération perçue par M. G... sur la période de référence, incluant l'indemnisation forfaitaire de ses frais professionnels à hauteur de 30% et le remboursement des frais divers, s'est élevée à la somme de 56 096 euros ; une fois l'ensemble des frais retranchés (soit pour respectivement 14 981 euros et 375,70 euros), sa rémunération annuelle brute s'est élevée à la somme de 40 738,43 euros, ce qui représente une rémunération mensuelle de 3 394,86 euros ; que pour autant, la cour étant tenue par les prétentions des parties et la Société ayant considéré le salaire de référence à la somme de 3 530,28 euros, c'est cette dernière somme, plus favorable pour le salarié, qui sera retenue ; qu'enfin, s'agissant de l'ancienneté à retenir, à défaut de stipulations conventionnelles dérogatoires, il convient de faire application de l'article L. 1233-72 alinéa 2 du code du travail qui dispose : Lorsque la durée du congé de reclassement excède la durée du préavis, le terme de ce dernier est reporté jusqu'à la fin du congé de reclassement de sorte que, embauché le 9 novembre 1981 et le contrat de travail ayant pris fin le 11 juin 2015 à la fin du congé de reclassement, M. G... justifiait d'une ancienneté de 33 ans, sept mois et deux jours ; que la cour constate que M. G..., qui revendiquait l'application de la convention collective de la publicité, n'a fait aucune observation sur les modalités de calcul de l'indemnité de licenciement au regard de la convention collective des VRP ; que néanmoins, pour tenir compte de ce qui précède, l'indemnité doit s'établir de la manière suivante : pour la période d'ancienneté entre 0 et 3 ans

(0,15): 1 588,50 euros ; pour la période d'ancienneté entre 3 et 10 ans (0,20): 4 942 euros ; pour la période d'ancienneté entre 10 et 15 ans (0,25): 4 412,85 euros pour la période d'ancienneté au delà de 15 ans (0,30) : 19 687,18 euros (19 063,51 euros + 617,79 euros + 5,88 euros), soit la somme de 30 630,53 euros ; que la société Pages Jaunes lui a versé la somme de 36 501,26 euros de sorte que M. G... a été rempli de ses droits, la cour constatant que la Société ne sollicite pas le remboursement de la différence (5 870,73euros) ; que le jugement entrepris doit être infirmé en ce sens.

1° ALORS QUE le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ; qu'en l'espèce, le débat contradictoire des parties a porté sur la détermination de l'indemnité conventionnelle de licenciement en application de la convention collective de la publicité ; qu'en procédant à la détermination de l'indemnité conventionnelle de licenciement sur le fondement de l'article 2 du titre VII de la convention d'entreprise du 1er janvier 2004 sans inviter les parties à débattre sur la comparaison entre l'indemnité conventionnelle de rupture calculée selon l'article 13 de l'accord national interprofessionnel des VRP et celle calculée en retenant l'assiette constituée par la moyenne mensuelle de la meilleure des cinq années civiles précédant le départ, sous déduction des frais professionnels, après revalorisation selon l'évolution de l'indice INSEE, pour retenir le montant le plus favorable, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile.

2° ALORS QUE le juge doit analyser et s'expliquer sur les éléments de preuve qu'il retient ; qu'en se bornant à énoncer que les pièces produites aux débats permettent de retenir les dispositions de la convention collective des VRP comme étant celles les plus favorables, sans s'expliquer sur la moyenne mensuelle de la meilleure des cinq années civiles précédant le départ, sous déduction des frais professionnels, après revalorisation selon l'évolution de l'indice INSEE alors que n'était pas produit aux débats les bulletins de salaire sur les cinq années civiles précédant le licenciement, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

3° ALORS subsidiairement QU'en retenant que les dispositions de la convention collective des VRP sont les plus favorables sans s'expliquer sur la comparaison entre l'indemnité conventionnelle de rupture calculée selon l'article 13 de l'accord national interprofessionnel des VRP et celle calculée en retenant l'assiette constituée par la moyenne mensuelle de la meilleure des cinq années civiles précédant le départ, sous déduction des frais professionnels et après revalorisation selon l'évolution de l'indice INSEE, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 2 du titre VII de la convention d'entreprise du 1er janvier 2004 et de l'article L. 7313-17 du code du travail.

4° ALORS QUE le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ; qu'en l'espèce, le débat contradictoire des parties a porté sur la détermination de l'indemnité conventionnelle de licenciement en application de la convention collective de la publicité ; qu'en procédant à la détermination de l'indemnité conventionnelle de licenciement en application de l'article 2 du titre VII de la convention d'entreprise du 1er janvier 2004 et de l'article 13 de l'accord interprofessionnel VRP sans inviter les parties à débattre de la détermination de l'assiette du salaire de référence et notamment de la nature de l'indemnité liée à la recherche de reclassement interne pour le salarié payé à la commission et de la déduction forfaitaire des frais professionnels, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile.

5° ALORS subsidiairement QUE sont incluses dans le salaire de référence permettant le calcul de l'indemnité de licenciement, d'une part les commissions perçues ou à percevoir relatives à des affaires conclus pendant la période de référence, d'autre part toute somme versée en remplacement ou complément du salaire perçu par le salarié ; que pour le salarié rémunéré à la commission sur le chiffre d'affaires, l'indemnité versée par l'employeur durant une période de dispense d'activité, même rémunérée, intervenue durant la période de référence, doit être incluse dans le salaire de référence en ce qu'elle représente la part des commissions que le salarié a été empêché de générer pendant la dispense d'activité ; qu'en décidant, pour le salarié rémunéré à la commission sur le chiffre d'affaires, que l'indemnité liée à la recherche de reclassement interne devait être exclue de l'assiette de calcul au motif que cette indemnité a été ajoutée à la rémunération habituelle et n'est pas la contrepartie d'un travail effectif ou assimilé comme tel, quand elle venait en remplacement des commissions que le salarié avait été empêché de générer par l'absence d'activité, la cour d'appel a violé l'article 2 du titre VII de la convention d'entreprise du 1er janvier 2004, l'article 13 de l'accord national interprofessionnel des voyageurs, représentants, placiers du 3 octobre 1975 et l'article R 1234-4 du code du travail.

6° ALORS subsidiairement QUE le salaire est déterminé par la commune intention des parties ; qu'en décidant que le

salaire de référence devait être déterminé en retranchant du montant des commissions un forfait de 30 % au titre des frais professionnels en relevant que le contrat de travail prévoit que les commissions englobent les frais que l'intéressé est susceptible d'engager pour les besoins de sa fonction sans constater que le salarié avait consenti à un abattement de 30% sur le montant des commissions sans plafonnement, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 5 de l'accord national interprofessionnel des voyageurs, représentants, placiers du 3 octobre 1975, de l'article 1221-1 du code du travail et de l'article 1134 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

SIXIEME MOYEN DE CASSATION propre à M. G...

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR fixé le salaire moyen à un montant inférieur à celui sollicité par le salarié et d'AVOIR débouté le salarié de sa demande de rappel de salaire sur le congé de reclassement, outre les congés payés afférents.

AUX MOTIFS QUE l'accord collectif prévoyant un PSE a été annulé par la cour administrative d'appel de Versailles, de sorte que celui-ci ne peut plus recevoir application ; que le congé de reclassement prévu par le plan est en conséquence nul comme n'ayant plus de cause conformément aux dispositions de l'article 1131 du code civil dans sa version applicable au litige, qui dispose que « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet » ; que de même, ni le salarié ni l'employeur ne peuvent invoquer l'existence d'un engagement unilatéral pour maintenir son application, celui-ci n'ayant pas davantage de cause ; qu'au regard de la combinaison des dispositions de l'article L. 1233-7-2 du code du travail selon lequel « le salarié qui accepte un congé de reclassement bénéficie d'un préavis qu'il est dispensé d'exécuter et perçoit pendant sa durée le montant de sa rémunération », des dispositions de l'article R. 1233-22 selon lequel « lorsque la durée du congé de reclassement excède la durée du préavis, le terme de ce dernier est reporté jusqu'à la fin du congé de reclassement » et en raison du fait que l'annulation du congé de reclassement n'entraîne pas une rupture anticipée du contrat de travail (le salarié restant sous l'autorité et à la disposition de l'employeur), [le salarié] doit percevoir, pour la période du congé de reclassement, le salaire auquel il pouvait prétendre s'il avait effectivement travaillé, la cour relevant qu'aucune demande de rappel de salaire chiffrée n'a été formée au titre de la période correspondant à la dispense d'activité antérieure au licenciement ; qu'en l'espèce, M. G... a bénéficié d'un préavis de trois mois et d'un congé de reclassement d'une durée de 12 mois ; qu'il a donc droit au maintien de sa rémunération pour l'ensemble de cette période ; que le salaire moyen de M. G... s'est élevé, pour les raisons exposées précédemment, à la somme de 3 530,28 euros, somme plus favorable que celle résultant de la moyenne des trois ou des 12 derniers mois ; qu'il résulte des pièces produites que M. G... a perçu : pour la période du congé de reclassement correspondant au préavis, soit de juin à août 2014, la somme de 21 189,20 euros comprenant 2 039,72 euros de remboursement de frais professionnels (30% des 6 799,10 euros de commissions), soit un salaire de 19 149,47 euros ; le maintien de salaire aurait limité cette somme à 10 590 euros ; pour la partie excédant le préavis, soit de septembre à mai 2015 inclus, la somme de 35 835,18 euros bruts dont 2 951,49 euros de remboursement de frais professionnels (30% des 9 838,33 euros de commissions), soit un salaire de 32 883,68 euros ; le maintien de salaire aurait limité cette somme à 31 777,52 euros ; du 1er au 11 juin 2015 (comprenant le solde des commissions), la somme de 5 076,99 euros dont 218,13 euros de remboursement de frais professionnels (30% des 727,10 euros de commissions) soit un salaire de 4 858,86 euros ; le maintien de salaire aurait limité cette somme à 1 294,43 euros ; qu'il résulte de ce qui précède que M. G... n'a subi aucune diminution de salaire, la cour relevant que la société Pages Jaunes ne sollicite pas le remboursement de la différence.

Et AUX MOTIFS énoncés au cinquième moyen

1° ALORS QUE la cassation qui interviendra sur le cinquième moyen entraînera par voie de conséquence l'annulation des chefs ici querellés en application de l'article 624 du code de procédure civile.

2° ALORS QUE la réparation doit être intégrale et replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence du fait dommageable ; que si le salarié avait travaillé, il aurait perçu dans son intégralité le montant des commissions générées ; qu'en retenant pour déterminer le salaire auquel le salarié aurait pu prétendre s'il avait effectivement travaillé

durant la période de congé de reclassement, le salaire plus favorable fixé par l'employeur à l'issue d'une comparaison avec le salaire de référence déterminé pour le calcul de l'indemnité conventionnelle de licenciement et, partant, déterminé après un abattement de 30% au titre des frais professionnels, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

SEPTIEME MOYEN DE CASSATION propre à M. G...

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR limité la somme allouée au salarié à titre d'indemnité au visa de l'article L. 1235-11 du code du travail et de l'AVOIR débouté du surplus de sa demande.

AUX MOTIFS QUE la cour juge le licenciement de M. G... nul et dit qu'il doit percevoir une indemnité calculée conformément aux seules dispositions de l'article L. 1235 -11 du code du travail ; que M. G... sollicite « a minima 65 916 à titre d'indemnité consécutive à l'annulation de la décision de validation du PSE (12 mois) t 263 664 euros à titre d'indemnité pour licenciement nul et sans cause réelle ni sérieuse » ; qu'il invoque son âge au moment du licenciement (56 ans), son ancienneté au sein de l'entreprise (33 ans) et les charges de la vie courante auxquelles il doit faire face ; que conformément aux dispositions du dernier alinéa de l'article L. 1235-11 du code du travail, lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de son contrat de travail, comme c'est le cas en l'espèce, le juge lui octroie une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des douze derniers mois ; que néanmoins, M. G... peut solliciter une indemnisation supérieure, dès lors qu'il justifie d'un préjudice plus important que celui réparé par le montant minimal légal ; que la cour rappelle à nouveau que l'indemnité pour licenciement nul ne se cumule pas avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse que sur ce, la cour doit rappeler que M. G... a été licencié à la suite de son refus d'accepter la modification de son contrat de travail ; qu'il était pourtant prévu qu'il bénéficierait désormais du statut de cadre de sorte qu'il ne relèverait plus des dispositions tant légales, réglementaires que conventionnelles du statut VRP mais de celles de la convention collective nationale de la publicité et des accords d'entreprise existants, plus favorables, notamment, en termes de retraite complémentaire et de remboursement de frais ; qu'il n'est d'ailleurs pas inintéressant de relever qu'à l'audience, M. G... revendique l'application que cette dernière convention ; qu'il aurait pu également bénéficier d'une annualisation de son temps de travail, avec toute la protection associée en terme de durée du travail ; que sa rémunération, qui était composée uniquement de commissions comprenant un remboursement forfaitaire de ses frais (soit, pour l'année 2013, à la somme de 40 989 euros après déduction des frais), aurait désormais été constituée d'une part fixe de 2 957,74 euros payable en 12 mensualités, 13ème mois inclus, et d'une part variable correspondant à 60 % du salaire brut annuel fixe / 1,10 (correspondant aux congés payés) à objectifs atteints, soit 21 296 euros bruts ; que cela représentait donc une augmentation annuelle, que ne conteste pas M. G..., de plus de 16 000 euros brut ; que par ailleurs, en cas de dépassement de ses objectifs sa rémunération variable aurait augmenté en conséquence et sans aucun plafonnement ; qu'enfin, le remboursement de ses frais n'aurait plus été inclus dans son salaire mais effectué séparément, au réel ; qu'aucun des éléments versés aux débats par M. G... ne permet de considérer ni que les nouvelles modalités de prospection auraient été moins favorables que celles qui lui étaient appliquées, ni que les objectifs fixés étaient irréalisables ; que de même, dans le cadre du congé de reclassement, M. G... a refusé plusieurs postes de « conseiller communication digitale spécialiste » au sein de plusieurs agences de la société Pages Jaunes, dont celle au sein de laquelle il travaillait ; que ces postes étaient pourtant de catégorie égale à celui qu'il occupait et assortis d'une rémunération au moins équivalente à sa rémunération actuelle ; qu'il a refusé tous les autres postes disponibles qui lui ont été proposés par la suite par la Société ; que par ailleurs, s'agissant du préjudice que M. G... indique avoir subi du fait de l'absence de versement des cotisations de retraite complémentaire par l'employeur durant la période du congé de reclassement, aucun élément n'est produit en ce sens ; qu'en dépit de l'absence de mention spécifique sur son relevé de carrière, aucun élément probant n'établit que la Société aurait méconnu ses obligations à cet égard, l'examen de ses bulletins de salaire, pour la période du litigieuse, portant au contraire mention de cotisations, ce que corrobore le courrier de l'association Malakoff Médéric du 28 mars 2018 confirmant que les cotisations retraite ont bien été payées par la Société ; que M. G... justifie qu'il a créé, après son licenciement, une entreprise de création d'articles et d'objets funéraires ; que faute de résultats suffisants, dûs à des difficultés de santé, la Société a été dissoute le 30 novembre 2016 ; qu'il a perçu, au cours de l'année 2016, des indemnités chômage pour un montant moyen mensuel de 2 209,75 euros ; qu'aucun renseignement n'est fourni pour la période postérieure ; qu'au jour de l'audience, M. G... a cotisé auprès de la caisse de retraite générale 157 trimestres ; qu'il est constant que la rupture de son contrat de travail influera négativement sur l'assiette à retenir pour le calcul de sa pension de retraite, même si, en raison de son âge, cette incidence sera limitée et qu'il doit être tenu compte du fait qu'il ne pouvait être acquis que la relation de travail se serait

poursuivie jusqu'à ce qu'il fasse valoir ses droits à la retraite ni que sa rémunération serait demeurée constante ; que les éléments ainsi produits aux débats permettent d'estimer que le préjudice subi par M. G..., du fait de ce licenciement, sera intégralement réparé par la condamnation de la société Pages Jaunes au paiement de la somme de 41 000 euros, conformément aux dispositions de l'article L. 1235-16 du code du travail.

Et AUX MOTIFS énoncés aux quatrième, cinquième et sixième moyens

1° ALORS QUE lorsque le juge constate que le licenciement est intervenu alors que la procédure de licenciement est nulle, conformément aux dispositions des deux premiers alinéas de l'article L. 1235-10, il peut ordonner la poursuite du contrat de travail ou prononcer la nullité du licenciement et ordonner la réintégration du salarié à la demande de ce dernier, lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de son contrat de travail ou lorsque la réintégration est impossible, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur qui ne peut être inférieure aux salaires des douze derniers mois ; qu'en fixant le salaire moyen mensuel du salarié à la somme de 3 530,28 euros, tout en retenant au titre de l'indemnisation pour licenciement nul la somme de 41 000 euros inférieure au montant minimal correspondant aux salaires des douze derniers mois, la cour d'appel a violé l'article L. 1235-11 du code du travail.

2° ALORS QUE la cassation qui interviendra sur le fondement du quatrième, cinquième ou du sixième moyen entraînera par voie de conséquence l'annulation des chefs ici querellés en application de l'article 624 du code de procédure civile.

HUITIEME MOYEN DE CASSATION propre à M. X...

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR décidé que la relation de travail est soumise aux dispositions de la convention collective des VRP et d'AVOIR débouté le salarié de sa demande de complément d'indemnité conventionnelle de licenciement sur le fondement de la convention collective de la publicité.

AUX MOTIFS QUE la convention collective applicable se détermine par référence à l'activité principale de l'entreprise lorsque ses autres activités, relevant de conventions différentes, ne constituent pas des activités autonomes auxquels on puisse appliquer distributivement des conventions dont elles relèveraient exclusivement ; que la convention collective correspondant à l'activité principale doit s'appliquer à l'ensemble des activités et accessoires de l'entreprise ; que par ailleurs, l'accord ou la convention de droit privé prime sur la convention choisie pour toutes ses dispositions plus favorables ; que dès lors qu'elle constitue un avantage non prévu par la loi, la convention collective est totalement libre d'en fixer les conditions ; qu'au contraire, en cas de concours entre des dispositions légales ou conventionnelles et les avantages prévus par ces dernières, aucun cumul n'est possible, sauf dispositions contraires ; que les comparaisons s'effectuent individuellement et pour chaque avantage ; qu'il sera également rappelé qu'un accord de niveau inférieur (convention de branche ou accord professionnel ou interprofessionnel) peut déroger à un accord de niveau supérieur tant s'agissant du champ territorial que s'agissant du champ professionnel, dès lors que les signataires de l'accord n'ont pas expressément exclu cette possibilité ; qu'il appartient donc aux signataires de celui-ci de déterminer, clause par clause, quelle est la portée de cet accord par rapport à celle du niveau inférieur ; qu'en cas de silence, les nouvelles clauses ont un caractère supplétif ; qu'il en est de même pour les adaptations des normes de rang inférieur aux évolutions de celle de rang supérieur ; qu'enfin, au regard de l'article L. 2253-3 du code du travail, en matière de salaires minima, de classifications, de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, de prévention de la pénibilité prévue au titre VI du livre Ier de la quatrième partie, d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes mentionnée à l'article L. 2241-3 et de mutualisation des fonds de la formation professionnelle, une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ne peut comporter de clauses dérogeant à celles des conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels ; que dans les autres matières, la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement peut comporter des stipulations dérogeant en tout ou en partie à celles qui lui sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, sauf si cette convention ou cet accord en dispose autrement ; qu'en l'espèce, il est constant que la société Pages Jaunes applique deux conventions collectives, celle des VRP et celle de la Publicité et qu'elle dispose par ailleurs, depuis le 1er janvier 2004, d'un accord d'entreprise particulier ; que la convention collective nationale de travail des cadres, techniciens et employés de la publicité française du 22 avril 1955 telle que modifiée par additif du 14 mars 1975 et étendue par arrêté du 17 juillet 1975, dispose, en son article premier : La présente convention nationale a pour objet de régler les conditions générales de travail et les rapports entre les employeurs et les cadres, techniciens, agents

de maîtrise et employés des entreprises de la publicité et assimilées, telles que définies aux groupes 77-10 et 77-11 des nomenclatures d'activités et de produits, établies par l'INSEE, décret du 9 novembre 1973, et ressortissant aux organisations syndicales ci-dessus énoncées (1). Elle ne peut être l'occasion de restrictions aux avantages acquis antérieurement, de quelque nature qu'ils soient ; qu'aux termes de son article 2, modifié par avenant n° 10 du 7 juin 1974 et en vigueur étendu par arrêté du 17 juillet 1975 : Le personnel administratif employé des organismes ressortissant à la confédération de la publicité française et aux parties signataires de la présente convention bénéficiera de la présente convention. Les salariés des différentes professions étrangères à la publicité qui exercent leur activité à temps complet dans les entreprises de publicité et assimilées, ressortissant aux organisations syndicales ci-dessus énoncées, bénéficieront de la présente convention, sans que leur rémunération puisse être inférieure à celle que leur assuraient les conventions régissant leurs professions. Exception est faite pour les entreprises appliquant à une partie de leur personnel les dispositions d'autres conventions collectives. La direction précisera, par écrit et à l'embauche, à chacun des membres de son personnel, de quelle convention il relève » ; que pour sa part, aux termes du 3° du préambule de l'accord national interprofessionnel des voyageurs, représentants, placiers du 3 octobre 1975, étendu par arrêté du 20 juin 1977 et élargi par arrêté du 28 juin 1989 : Considérant que l'article L. 751-9 (dernier alinéa) du code du travail ouvre aux représentants de commerce le droit à une indemnité conventionnelle de licenciement ou de mise à la retraite, décident, en conséquence, d'instaurer ces indemnités par la présente convention collective qui sera seule applicable aux représentants de commerce, sauf dans le cas où une autre convention collective liant l'entreprise comporterait des dispositions plus favorables expressément applicables aux représentants de commerce, dispositions qui sont également reprises à l'article 19 qui dispose : La présente convention collective s'applique aux contrats de travail conclus entre les employeurs et les représentants de commerce visés et s'impose aux rapports nés de ces contrats, sauf dispositions conventionnelles plus favorables expressément applicables aux représentants de commerce ; qu'il se déduit de ces dispositions que la convention collective des VRP doit s'appliquer aux contrats de travail conclus entre les employeurs et les représentants de commerce et qu'elle s'impose aux rapports nés de ces contrats, sauf dispositions conventionnelles plus favorables expressément applicables aux représentants de commerce ; or, les dispositions de la convention collective de la publicité, telles que rappelées ci-dessus, sont sans ambiguïté ni contradiction en ce qu'elles ne prévoient pas son applicabilité aux représentants ayant le statut de VRP lesquels relèvent de la convention collective des VRP ; que d'ailleurs, le contrat de travail [du salarié], employé comme VRP, ainsi que les bulletins de salaire qui lui ont été délivrés, font expressément mention de l'application, à la relation de travail, de cette dernière convention, ce qu'il n'a jamais contesté en son temps ; que c'est à tort que [le salarié] invoque plusieurs arrêts de la Cour de cassation ayant écarté la convention collective des représentants au profit d'autres conventions collectives, ces arrêts étant relatifs soit à des accords qui n'excluaient pas leur application aux salariés relevant d'autres dispositions conventionnelles, ce qui n'est pas le cas de celle de la publicité, soit à des salariés qui se trouvaient hors du champ de la convention collective des VRP et de l'ANI (souvent car non prévu au contrat de travail), ce qui n'est pas non plus le cas en l'espèce ; qu'en conséquence, [le salarié] ne peut revendiquer l'application de la convention collective de la publicité.

ALORS QUE en vertu de L. 7313-17 du code du travail, lorsque l'employeur est assujéti à une convention collective applicable à l'entreprise, le VRP peut prétendre en tout état de cause à une indemnité qui sera égale à celle à laquelle il aurait eu droit si, bénéficiant de la convention, il avait été licencié ; qu'en retenant, pour dire que le salarié ne peut revendiquer l'application de la convention collective de la publicité, d'une part que la convention collective des VRP s'impose aux rapports nés des contrats de travail conclus entre les employeurs et les représentants de commerce, sauf dispositions conventionnelles plus favorables expressément applicables aux représentants de commerce, d'autre part au visa de son article 2 que la convention de la publicité ne prévoit pas son applicabilité aux représentants ayant le statut de VRP alors que cette convention ne vise aucunement l'exclusion expresse des VRP, la cour d'appel a violé les articles L. 7313-17 et L. 2251-1 et du code du travail, les articles 2, 31, 50 et 69 de la convention collective nationale de travail des cadres, techniciens et employés de la publicité française du 22 avril 1955, ensemble le principe de faveur.

NEUVIEME MOYEN DE CASSATION SUBSIDIAIRE propre à M. X...

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté le salarié de sa demande de complément d'indemnité conventionnelle de licenciement.

AUX MOTIFS QUE la convention d'entreprise du 1er janvier 2004 prévoit spécifiquement une indemnité conventionnelle de rupture pour les bénéficiaires de l'accord interprofessionnel VRP ; que c'est ainsi que "Sauf licenciement pour

insuffisance ou faute professionnelles, l'indemnité conventionnelle de rupture prévue par l'accord national interprofessionnel des VRP donne lieu à un double calcul : a) celui défini en son article 13, b) celui dont l'assiette est constituée par la moyenne mensuelle de la meilleure des cinq années civiles précédant le départ, sous déduction des frais professionnels, après revalorisation selon l'évolution de l'indice INSEE, le montant le plus favorable étant retenu" ; qu'aux termes des dispositions de l'article 13 de la convention collective des VRP "lorsque, après 2 ans d'ancienneté dans l'entreprise, le représentant de commerce se trouve dans l'un des cas de cessation du contrat prévus à l'article L. 751-9, alinéas 1er et 2, du code du travail (1) alors qu'il est âgé de moins de 65 ans et qu'il ne rentre pas dans le champ d'application de l'article 15 du présent accord, l'indemnité à laquelle l'intéressé peut prétendre en vertu des dispositions du dernier alinéa de l'article L. 751-9 précité est fixée comme suit, dans la limite d'un maximum de 6 mois et demi (2) : pour les années comprises entre 0 et 3 ans d'ancienneté : 0,15 mois par année entière ; pour les années comprises entre 3 et 10 ans d'ancienneté : 0,20 mois par année entière ; pour les années comprises entre 10 et 15 ans d'ancienneté : 0,25 mois par année entière ; pour les années au-delà de 15 ans d'ancienneté : 0,30 mois par année entière. Cette indemnité conventionnelle de rupture, qui n'est cumulable ni avec l'indemnité légale de licenciement ni avec l'indemnité de clientèle, sera calculée sur la rémunération moyenne mensuelle des douze derniers mois, déduction faite des frais professionnels. Toutefois, cette indemnité sera calculée sur la seule partie fixe convenue de cette rémunération lorsque l'intéressé bénéficiera également de l'indemnité spéciale de rupture prévue à l'article 14 ci dessous" ; que pour sa part, l'article L. 7313-17 du code du travail prévoit : "Lorsque l'employeur est assujéti à une convention ou accord collectif de travail ou à une décision unilatérale de sa part ou d'un groupement d'employeurs, le voyageur, représentant ou placier peut, dans les cas de rupture du contrat de travail mentionnés aux articles L. 7313-13 et L. 7313-14, bénéficier d'une indemnité. L'indemnité est égale à celle à laquelle le voyageur, représentant ou placier aurait pu prétendre si, bénéficiant de la convention ou du règlement il avait, selon son âge, été licencié ou mis à la retraite. Cette indemnité n'est pas cumulable avec l'indemnité de clientèle. Seule la plus élevée est due" ; que les pièces produites aux débats permettent donc bien de retenir les dispositions de la convention collective des VRP comme étant celles les plus favorables pour [le salarié] ; qu'au regard des dispositions applicables, et contrairement à ce que soutient l'employeur, il doit être retenu, à défaut de dispositions légales ou conventionnelles dérogatoires plus favorables, pour déterminer le salaire de base sur lequel est calculée l'indemnité de licenciement, la période de rémunération correspondant aux 12 mois précédant l'envoi de la lettre de licenciement, en dehors de toute période de suspension du contrat de travail ; que si par lettre du 8 avril 2014, l'employeur a notifié à M. X... qu'il entrait dans une période consacrée à la recherche de solution de reclassement interne, qu'il était dispensé d'activité, tout en demeurant intégralement rémunéré, il n'en demeure pas moins que le contrat de travail n'étant pas suspendu, la période durant laquelle il a été dispensé de travailler, mais rémunéré, entre dans l'assiette de calcul servant à la détermination du salaire de base pour déterminer le montant de l'indemnité de licenciement ; que la période de référence est donc celle débutant le 1er juin 2013 et se terminant le 31 mai 2014, dernier mois complet travaillé ; que s'agissant du salaire de référence, ne doivent être totalisés que les éléments correspondant à la notion de salaire, c'est-à-dire ceux qui sont la contrepartie d'un travail effectif ou assimilé comme tel. Doivent ainsi être incluses : toutes les primes perçues par le salarié au cours des 12 derniers mois, les heures supplémentaires, les indemnités de congés payés versées par l'employeur ou par des caisses de congés payés ainsi que la part de rappel de salaire correspondant à la période de référence au titre de laquelle l'employeur a été condamné ; doivent à l'inverse être exclus : le remboursement des frais professionnels réellement exposés pour l'exécution du travail (qu'ils soient définis forfaitairement ou au réel), l'indemnité compensatrice de congés payés, qui n'est pas un élément de salaire se rapportant à la période de référence, les commissions et l'intéressement perçus pendant la période de référence mais relatifs à des affaires antérieures, et les sommes correspondant à l'indemnisation du congé de reclassement dès lors qu'elles n'ont pas été versées en remplacement ou en complément du salaire habituellement perçu par le salarié ; qu'en l'espèce, sur la période de référence retenue, aucun élément ne permet de considérer qu'une partie des commissions due au salarié n'aurait pas été prise en compte ; qu'au contraire, les bulletins de salaire de l'intéressé font apparaître qu'elles lui ont été versées chaque mois, y compris durant la période de dispense d'activité et celle du congé de reclassement ; que d'ailleurs, aucune des parties ne démontre, ni ne chiffre, quelles seraient les commissions qui relèveraient d'une autre période que celle de référence, et qui devraient donc être exclues de l'assiette de salaire, ni celles qui n'auraient pas été intégrées ; que de même, la cour constate que les parties n'ont formulé aucune remarque sur la nature des diverses primes perçues par le salarié au cours de la relation de travail de sorte qu'elles seront considérées comme étant la contre partie d'un travail effectif et intégrées au salaire de référence ; que la cour constate que les parties n'ont formulé aucune remarque sur la nature des diverses primes perçues par le salarié au cours de la relation de travail de sorte qu'elles seront considérées comme étant la contre partie d'un travail effectif et intégrées au salaire de référence ; qu'enfin, la lecture des bulletins de salaire émis au cours de la période de référence,

non contestés des parties, enseigne que M. X... a perçu, au cours des mois d'avril et mai 2014, une indemnité liée à la recherche de reclassement interne ; que cette indemnité, prévue par un PSE ultérieurement annulé, s'est substituée à sa rémunération habituelle, qui n'a plus été versée ; qu'il convient donc de la considérer comme un élément de salaire et, comme tel, elle sera retenue dans l'assiette des rémunérations ; qu'aux termes de l'article 13 de la convention collective applicable, l'indemnité conventionnelle de rupture est calculée sur la base de la rémunération moyenne mensuelle des 12 derniers mois après déduction des frais professionnels évalués forfaitairement à 30% si le VRP ne percevait aucun remboursement de frais ou sans tenir compte de ces remboursements dans le cas contraire ; que le contrat de travail [du salarié] prévoit, en son article 5, que les commissions englobent les frais que l'intéressé est susceptible d'engager pour les besoins de sa fonction ; que la cour constate que [le salarié] n'en a jamais critiqué la légitimité au cours de la relation de travail et relève que, contrairement à ses allégations que la société a mis en oeuvre cette déduction sur la base d'un accord collectif signé à l'unanimité par toutes les organisations syndicales représentatives, le 27 novembre 2003 ; que cet accord prévoit ainsi à l'article 1 : "Les parties décident par le présent accord de maintenir l'abattement forfaitaire spécifique de l'assiette des cotisations sociales pour frais professionnels (30% limité à 7600 €) pour chaque VRP de Pages jaunes" ; que dès lors, il y a lieu de calculer le montant de l'indemnité conventionnelle de rupture en procédant à l'abattement prévu à la convention collective d'autant plus que la société justifie avoir procédé à cet abattement jusqu'au plafond de 7 600 euros et, lorsqu'il a été atteint, avoir procédé à une régularisation et assujetti, pour les mois suivants, l'intégralité de la rémunération perçue à la cotisation assurance chômage ; que la rémunération perçue par M. X... sur la période de référence, incluant l'indemnisation forfaitaire de ses frais professionnels et des frais divers, s'est élevée à la somme de 101 426,99 euros ; une fois ces frais retranchés, soit 30% des 81 723,16 euros de commissions perçues et 344 euros de frais divers, sa rémunération annuelle brute s'est élevée à la somme de 6 380,50 euros ; qu'enfin, s'agissant de l'ancienneté à retenir, à défaut de stipulations conventionnelles dérogatoires, il convient de faire application de l'article L. 1233-72 alinéa 2 du code du travail qui dispose : Lorsque la durée du congé de reclassement excède la durée du préavis, le terme de ce dernier est reporté jusqu'à la fin du congé de reclassement de sorte que, embauché le 29 août 1988 et le contrat de travail ayant pris fin le 30 décembre 2015 à la fin du congé de reclassement, M. X... justifiait d'une ancienneté de 27 ans, quatre mois et un jour ; que la cour constate que M. X..., qui revendiquait l'application de la convention collective de la publicité, n'a fait aucune observation sur les modalités de calcul de l'indemnité de licenciement au visa de la convention collective des VRP ; qu'au regard de ce qui précède, l'indemnité de licenciement doit s'établir ainsi pour la période d'ancienneté entre 0 et 3 ans (0,15) : 2 871,22 euros ; pour la période d'ancienneté entre 3 et 10 ans (0,20) : 8 932,70 euros ; pour la période d'ancienneté entre 10 et 15 ans (0,25) : 7 975,62 euros ; pour la période au delà de 15 ans (0,30) : 12 ans, quatre mois et un jour : (22 969,80 euros + 638,05 euros + 5,31) = 23 613,16 euros, soit la somme totale de 43 392,70 euros ; que le PSE ayant été annulé, il n'y a donc plus lieu de faire application de la majoration de 50% qui avait été appliquée en faveur de certaines catégories de salariés ; que la société Pages Jaunes lui a versé la somme de 68 675,46 euros de sorte que M. X... a été rempli de ses droits (la Société ne sollicitant pas le remboursement de la différence soit 25 282,82 euros), la cour relevant d'ailleurs que, même en appliquant la majoration, l'indemnité reçue demeure supérieure à celle à laquelle il aurait pu prétendre (65 089,05 euros) ; qu'enfin, et pour information, la cour constate que l'application de la convention collective de la publicité aboutit à fixer à la somme de 63 067,69 euros, le montant de l'indemnité de licenciement, ce qui est toujours une somme inférieure à celle reçue ; que le jugement entrepris doit être infirmé en ce sens.

1° ALORS QUE le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ; qu'en l'espèce, le débat contradictoire des parties a porté sur la détermination de l'indemnité conventionnelle de licenciement en application de la convention collective de la publicité ; qu'en procédant à la détermination de l'indemnité conventionnelle de licenciement sur le fondement de l'article 2 du titre VII de la convention d'entreprise du 1er janvier 2004 sans inviter les parties à débattre sur la comparaison entre l'indemnité conventionnelle de rupture calculée selon l'article 13 de l'accord national interprofessionnel des VRP et celle calculée en retenant l'assiette constituée par la moyenne mensuelle de la meilleure des cinq années civiles précédant le départ, sous déduction des frais professionnels, après revalorisation selon l'évolution de l'indice INSEE, pour retenir le montant le plus favorable, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile.

2° ALORS QUE le juge doit analyser et s'expliquer sur les éléments de preuve qu'il retient ; qu'en se bornant à énoncer que les pièces produites aux débats permettent de retenir les dispositions de la convention collective des VRP comme étant celles les plus favorables, sans s'expliquer sur la moyenne mensuelle de la meilleure des cinq années civiles précédant le départ, sous déduction des frais professionnels, après revalorisation selon l'évolution de l'indice INSEE alors

que n'était pas produit aux débats les bulletins de salaire sur les cinq années civiles précédant le licenciement, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

3° ALORS subsidiairement QU' en retenant que les dispositions de la convention collective des VRP sont les plus favorables sans s'expliquer sur la comparaison entre l'indemnité conventionnelle de rupture calculée selon l'article 13 de l'accord national interprofessionnel des VRP et celle calculée en retenant l'assiette constituée par la moyenne mensuelle de la meilleure des cinq années civiles précédant le départ, sous déduction des frais professionnels et après revalorisation selon l'évolution de l'indice INSEE, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 2 du titre VII de la convention d'entreprise du 1er janvier 2004 et de l'article L. 7313-17 du code du travail.

4° ALORS QUE le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ; qu'en l'espèce, le débat contradictoire des parties a porté sur la détermination de l'indemnité conventionnelle de licenciement en application de la convention collective de la publicité ; qu'en procédant à la détermination de l'indemnité conventionnelle de licenciement en application de l'article 2 du titre VII de la convention d'entreprise du 1er janvier 2004 et de l'article 13 de l'accord interprofessionnel VRP sans inviter les parties à débattre de la détermination de l'assiette du salaire de référence et notamment de la déduction forfaitaire des frais professionnels, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile.

5° ALORS subsidiairement QUE le salaire est déterminé par la commune intention des parties ; qu'en décidant que le salaire de référence devait être déterminé en retranchant du montant des commissions un forfait de 30 % au titre des frais professionnels en relevant que le contrat de travail prévoit que les commissions englobent les frais que l'intéressé est susceptible d'engager pour les besoins de sa fonction sans constater que le salarié avait consenti à un abattement de 30% sur le montant des commissions sans plafonnement, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 5 de l'accord national interprofessionnel des voyageurs, représentants, placiers du 3 octobre 1975, de l'article 1221-1 du code du travail et de l'article 1134 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

6° ALORS QUE l'engagement unilatéral de l'employeur issu d'une volonté explicite de ce dernier a force obligatoire ; qu'en décidant au motif que le PSE a été annulé, qu'il n'y a plus lieu de faire application de la majoration de 50% qui avait été appliquée en faveur de certaines catégories de salariés, alors que dans le débat contradictoire des parties, l'employeur avait clairement exprimé sa volonté d'appliquer cette majoration pour les salariés bénéficiant du dispositif des carrières longues après l'annulation de l'accord collectif portant le PSE, ce qui constituait la cause de son engagement, la cour d'appel a violé les articles 1131 et 1134 du code civil dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

DIXIEME MOYEN DE CASSATION propre à M. X...

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR fixé le salaire moyen à un montant inférieur à celui sollicité par le salarié et d'AVOIR débouté le salarié de sa demande de rappel de salaire sur le congé de reclassement, outre les congés payés afférents.

AUX MOTIFS QUE l'accord collectif prévoyant un PSE a été annulé par la cour administrative d'appel de Versailles, de sorte que celui-ci ne peut plus recevoir application ; que le congé de reclassement prévu par le plan est en conséquence nul comme n'ayant plus de cause conformément aux dispositions de l'article 1131 du code civil dans sa version applicable au litige, qui dispose que « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet » ; que de même, ni le salarié ni l'employeur ne peuvent invoquer l'existence d'un engagement unilatéral pour maintenir son application, celui-ci n'ayant pas davantage de cause ; qu'au regard de la combinaison des dispositions de l'article L. 1233-7-2 du code du travail selon lequel « le salarié qui accepte un congé de reclassement bénéficie d'un préavis qu'il est dispensé d'exécuter et perçoit pendant sa durée le montant de sa rémunération », des dispositions de l'article R. 1233-22 selon lequel « lorsque la durée du congé de reclassement excède la durée du préavis, le terme de ce dernier est reporté jusqu'à la fin du congé de reclassement » et en raison du fait que l'annulation du congé de reclassement n'entraîne pas une rupture anticipée du contrat de travail (le salarié restant sous l'autorité et à la disposition de l'employeur), [le salarié] doit percevoir, pour la période du congé de reclassement, le salaire auquel il

pouvait prétendre s'il avait effectivement travaillé, la cour relevant qu'aucune demande de rappel de salaire chiffrée n'a été formée au titre de la période correspondant à la dispense d'activité antérieure au licenciement ; qu'en l'espèce, M. X... a bénéficié d'un préavis de trois mois et d'un congé de reclassement de 15 mois ; qu'il a donc droit au maintien de sa rémunération pour l'ensemble de cette période ; que le salaire moyen de M. X..., calculé comme expliqué précédemment, s'est élevé à la somme de 6 866,23 euros correspondant à la moyenne des trois derniers mois travaillés, calcul plus favorable que celui correspondant à la moyenne des salaires des 12 derniers mois (6 380,50 euros) ; qu'il résulte des pièces produites que M. X... a perçu : pour la période du congé de reclassement correspondant au préavis, soit du 17 juin au 17 septembre 2014, la somme de 22 638,16 euros bruts ; le maintien de son salaire aurait limité cette somme à 20 598,69 euros ; pour la partie excédant le préavis, soit du 17 septembre 2014 au 30 décembre 2015, M. X... ne produisant pas l'ensemble des bulletins de salaire de la période, il n'établit pas que le montant de l'indemnisation perçue est inférieur à celui qu'il aurait dû recevoir ; qu'en conséquence, il convient de débouter M. X... de sa demande de rappel de salaire.

Et AUX MOTIFS énoncés au neuvième moyen

1°ALORS QUE la cassation qui interviendra sur le neuvième moyen entraînera par voie de conséquence l'annulation des chefs ici querellés en application de l'article 624 du code de procédure civile.

2°ALORS QUE la réparation doit être intégrale et replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence du fait dommageable ; que si le salarié avait travaillé, il aurait perçu dans son intégralité le montant des commissions générées ; qu'en retenant pour déterminer le salaire auquel le salarié aurait pu prétendre s'il avait effectivement travaillé durant la période de congé de reclassement, le salaire plus favorable fixé par l'employeur à l'issue d'une comparaison avec le salaire de référence déterminé pour le calcul de l'indemnité conventionnelle de licenciement et, partant, déterminé après un abattement de 30% au titre des frais professionnels, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

ONZIEME MOYEN DE CASSATION propre à M. X...

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR limité la somme allouée au salarié à titre d'indemnité au visa de l'article L. 1235-11 du code du travail et de l'AVOIR débouté du surplus de sa demande.

AUX MOTIFS QUE la cour juge le licenciement de M. X... nul et dit qu'il doit percevoir une indemnité calculée conformément aux seules dispositions de l'article L. 1235-11 du code du travail [] ; que M. X... prétend au paiement « a minima de 101 427 euros d'indemnité consécutive à l'annulation de la décision de validation du PSE (12 mois) et 304 281 euros d'indemnité pour licenciement nul et sans cause réelle ni sérieuse », invoquant son âge au moment de son licenciement (58 ans), son ancienneté au sein de l'entreprise (26 ans), l'échec de son projet de reconversion et les charges de la vie courante auxquelles il doit faire face ; que conformément aux dispositions du dernier alinéa de l'article L. 1235-11 du code du travail, lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de son contrat de travail, comme c'est le cas en l'espèce, le juge lui octroie une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des 12 derniers mois ; que néanmoins, M. X... peut solliciter une indemnisation supérieure, dès lors qu'il justifie d'un préjudice plus important que celui réparé par le montant minimal légal ; que la cour rappelle de nouveau que l'indemnité pour licenciement nul ne se cumule pas avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ; que la cour doit également rappeler que M. X... a été licencié à la suite de son refus d'accepter la modification de son contrat de travail ; qu'il était pourtant prévu qu'il bénéficierait désormais du statut de cadre, de sorte qu'il ne relèverait plus des dispositions tant légales, réglementaires que conventionnelles du statut VRP mais de celles de la convention collective nationale de la publicité et des accords d'entreprise existants, plus favorables, notamment, en termes de retraite complémentaire et de remboursement de frais ; que la cour relève d'ailleurs qu'au jour de l'audience, c'est l'application de la convention collective de la publicité qu'il revendique au motif qu'elle lui est plus favorable ; qu'il aurait pu également bénéficier d'une annualisation de son temps de travail ; que sa rémunération, qui était composée uniquement de commissions comprenant un remboursement forfaitaire de ses frais, s'était élevé, pour l'année 2013, à la somme de 108 482 euros (soit 75 937,40 euros après déduction des frais) ; qu'elle aurait désormais été constituée d'une part fixe de 4 507,87 euros payable en 12 mensualités, 13ème mois inclus, et d'une part variable correspondant à 50 %

du salaire brut annuel fixe / 1,10 (correspondant aux congés payés) à objectifs atteints, soit 27 047 euros bruts ; que cela représentait donc, ce que ne conteste pas M. X..., une augmentation annuelle de plus de 5 000 euros bruts, étant précisé qu'en cas de dépassement des objectifs sa rémunération variable augmentait en conséquence sans plafonnement ; qu'en outre, le remboursement des frais n'aurait plus été forfaitairement inclus dans son salaire mais payé séparément, au réel ; que la cour constate que M. X... n'invoque, ni a fortiori ne démontre, que les nouvelles conditions liées à la détermination des objectifs et à la délimitation de la zone de prospections étaient moins favorables que celles dont il bénéficiait ; que par ailleurs, dans le cadre du congé de reclassement, il a refusé plusieurs postes de « conseiller communication digitale key account » au sein de plusieurs agences de la société Pages Jaunes, pourtant de catégorie égale celui qu'il occupait et assortis d'une rémunération au moins équivalente à sa rémunération actuelle ; que de même, il a refusé tous les autres postes de reclassement qui ont pu lui être proposés (postes de conseiller communication digital spécialiste) ; qu'au jour de la présente audience, M. X... ne fournit aucun document sur sa situation actuelle et n'indique pas ce qu'il est advenu de la formation suivie dans le cadre du congé de reclassement et dont l'objet était la création d'entreprise dans le domaine de la photographie et des reportages de fêtes ; que M. X... ne saurait enfin valablement invoquer les conséquences de son licenciement sur ses droits à la retraite dans la mesure où il ne justifie pas de sa situation professionnelle et qu'il ne verse aucun relevé de carrière permettant à la cour de connaître le montant prévisible de ses pensions de retraite du régime général et des complémentaires ; qu'il ne saurait pas davantage soutenir que son employeur aurait méconnu ses obligations en matière de versement des cotisations de retraite complémentaires durant le congé de reclassement puisqu'il ne verse aucun élément en ce sens ; qu'en tout état de cause, les bulletins de salaire qui lui ont été remis au cours de la période du congé de reclassement font mention de cotisations à ce titre, ce que corrobore le courrier de l'association Malakoff Médéric du 28 mars 2018 ; que les éléments ainsi produits aux débats permettent à la cour d'estimer le préjudice subi par M. X..., du fait de ce licenciement, à la somme de 77 000 euros ; que le jugement entrepris doit être infirmé en ce sens.

Et AUX MOTIFS énoncés aux huitième, neuvième et dixième moyens

1° ALORS QUE lorsque le juge constate que le licenciement est intervenu alors que la procédure de licenciement est nulle, conformément aux dispositions des deux premiers alinéas de l'article L. 1235-10, il peut ordonner la poursuite du contrat de travail ou prononcer la nullité du licenciement et ordonner la réintégration du salarié à la demande de ce dernier, lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de son contrat de travail ou lorsque la réintégration est impossible, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur qui ne peut être inférieure aux salaires des douze derniers mois ; qu'en fixant le salaire moyen mensuel du salarié à la somme de 6 866,23 euros, tout en retenant au titre de l'indemnisation pour licenciement nul la somme de 77 000 euros inférieure au montant minimal correspondant aux salaires des douze derniers mois, la cour d'appel a violé l'article L. 1235-11 du code du travail.

2° ALORS QUE la cassation qui interviendra sur le fondement du huitième, du neuvième ou du dixième moyen entraînera par voie de conséquence l'annulation des chefs ici querellés en application de l'article 624 du code de procédure civile.

Décision **attaquée**

Cour d'appel de versailles 05
8 novembre 2018 (n°16/05853 (et 1 autre))

Textes **appliqués**

Article L. 7313-17 du code du travail.

Article 2 de la convention collective nationale de travail des cadres, techniciens et employés de la publicité française du 22 avril 1975.

Articles L. 1235-10, L. 1235-11 et L. 1235-16 du code du travail, dans leur version issue de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013.

Rapprochements de jurisprudence

Soc., 30 septembre 1997, pourvoi n° 94-43.733, Bull. 1997, V, n° 291 (cassation partielle).

Les dates clés

- Cour de cassation Chambre sociale 13-01-2021
- Cour d'appel de Versailles 05 08-11-2018