

SOC.

SG

COUR DE CASSATION

Audience publique du 24 novembre 2021

Cassation partielle

Mme MARIETTE, conseiller doyen faisant fonction de président

Arrêt n° 1305 F-D

Pourvoi n° A 18-26.752

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, DU 24 NOVEMBRE 2021

M. [R] [F], domicilié [Adresse 2], a formé le pourvoi n° A 18-26.752 contre l'arrêt rendu le 8 novembre 2018 par la cour d'appel de Versailles (5e chambre), dans le litige l'opposant à la société Solocal, société anonyme, dont le siège est [Adresse 1], anciennement dénommée Pages jaunes, défenderesse à la cassation.

Le demandeur invoque, à l'appui de son pourvoi, les quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Marguerite, conseiller référendaire, les observations de la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat de M. [F], de la SCP Célice, Texidor, Périer, avocat de la société Solocal, après débats en l'audience publique du 5 octobre 2021 où étaient présents Mme Mariette, conseiller doyen faisant fonction de président, Mme Marguerite, conseiller référendaire rapporteur, M. Pietton, conseiller, et Mme Jouanneau, greffier de chambre,

la chambre sociale de la Cour de cassation, composée des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Versailles, 8 novembre 2018), M. [F], salarié de la société Pages jaunes, devenue la société Solocal, a été licencié 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, la cour administrative d'appel de Versailles 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.

2. Le salarié a saisi la juridiction prud'homale pour contester la validité et le caractère réel et sérieux de son 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.

Examen des moyens

Sur le premier et le quatrième moyens, ci-après annexés

3. 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.

Mais sur le deuxième moyen, pris en sa première branche

Énoncé du moyen

4. Le salarié fait grief à l'arrêt de déclarer irrecevable la demande de complément d'indemnité conventionnelle de licenciement, alors « que le juge ne peut fonder sa décision sur un moyen de droit qu'il a relevé d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leur observations ; que l'appel contre les jugements du conseil de prud'hommes est formé, instruit et jugé suivant la procédure avec représentation obligatoire ; qu'en l'espèce, il ne résulte pas des conclusions écrites des parties que celles-ci ont débattu de l'effet libératoire de la signature du reçu pour solde de tout compte ; qu'en conséquence en déclarant irrecevables les demandes sans avoir mis les parties en mesure d'en discuter, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile, ensemble l'article R. 1461-2 du code du travail. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 16 du code de procédure civile :

5. Aux termes de ce texte, le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.

6. Pour déclarer irrecevable la demande de complément d'indemnité conventionnelle de licenciement, l'arrêt retient que le salarié a saisi la juridiction prud'homal plus de six mois après avoir reçu son solde de tout compte, sans avoir dénoncé, auprès de l'employeur, les sommes qui lui avaient été remises.

7. En statuant ainsi, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations sur ce moyen relevé d'office et tiré de l'effet libératoire du reçu pour solde de tout compte, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

Et sur le troisième moyen

Enoncé du moyen

8. Le salarié fait grief à l'arrêt de dire que la relation de travail est soumise aux dispositions de la convention collective des voyageurs, représentants ou placiers (VRP), alors « qu'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. »

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 :

9. 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.

10. Pour décider que la relation de travail est soumise aux dispositions de la convention collective des VRP et dire que le salarié ne peut revendiquer un solde d'indemnité conventionnelle de licenciement sur le fondement de la convention collective de la publicité, l'arrêt retient que les stipulations de son article 2 ne prévoient pas son application aux VRP.

11. 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.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur l'autre grief, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déclare irrecevable la demande de complément d'indemnité conventionnelle de licenciement et décide que la relation de travail est soumise aux dispositions de la convention collective des VRP, l'arrêt rendu le 8 novembre 2018, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ;

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

Condamne la société Solocal aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société Solocal et la

condamne à payer à M. [F] la somme de 3 000 euros ;

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 de l'arrêt partiellement cassé ;

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

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat aux Conseils, pour M. [F].

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR déclaré irrecevables comme prescrites l'action du salarié sur le fondement des articles L. 1235-10, L. 1235-11 et L. 1235-16 du code du travail et ses demandes indemnitaires subséquentes.

AUX MOTIFS QUE la cour rappelle au préalable que l'action tendant à voir prononcer la nullité du licenciement et celle tendant à le juger sans cause réelle et sérieuse sont deux actions distinctes, fondées sur des textes différents ; qu'il convient donc d'examiner leur recevabilité au regard des textes spécifiques qui les régissent ; qu'aux termes de l'article L. 1235-7 du code du travail, applicable aux procédures de licenciement collectif pour motif économique imposant l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi, tels qu'issus de la loi du 14 juin 2013 en vigueur au moment du litige "Toute contestation portant sur la régularité ou la validité du licenciement se prescrit par douze mois à compter de la dernière réunion du comité d'entreprise ou, dans le cadre de l'exercice par le salarié de son droit individuel à contester la régularité ou la validité du licenciement, à compter de la notification de celui-ci. Ce délai n'est opposable au salarié que s'il en a été fait mention dans la lettre de licenciement" ; que sans qu'il y ait lieu de répondre à l'argumentation très détaillée de chacune des parties sur la jurisprudence antérieure afférente à l'article L. 1235-7 du code du travail, considéré dans sa version issue de la loi du 14 juin 2013, ni sur les effets d'une circulaire, dépourvue de valeur normative, la cour relève que les décisions invoquées portent sur des litiges antérieurs à la promulgation de la loi du 14 juin 2013 qui n'avaient écarté son application que pour les contestations limitées à la cause réelle et sérieuse ; qu'elles avaient toujours considéré que le délai de prescription de 12 mois s'appliquait non seulement aux actions mettant en cause la régularité de la procédure relative au PSE mais également à celles susceptibles d'entraîner la nullité de la procédure de licenciement en raison de l'absence ou de l'insuffisance du plan ; que la loi du 14 juin 2013, qui a prévu désormais qu'un PSE devait, avant sa mise en oeuvre, être soumis à une validation ou une homologation par l'autorité administrative, a néanmoins maintenu le droit individuel de chaque salarié à contester la validité ou la régularité de son licenciement pour motif économique et a conservé la brève prescription de 12 mois qui débute à la date de notification de son licenciement ; qu'il sera par ailleurs relevé que les articles L. 1235-7 à L. 1235-16 du code du travail sont intégrés dans un chapitre spécifique consacré aux contestations et sanctions, et sont regroupés dans une seule et même section, la section II, intitulée « Licenciement pour motif économique », de sorte que, contrairement aux allégations [du salarié], l'article litigieux n'est ni devenu obsolète avec la promulgation de la loi de 2013, ni autonome des licenciements prononcés sur une cause économique ; que c'est d'ailleurs à tort que le salarié entend que soit écartée l'application de ce texte au profit du premier alinéa de l'article L. 1471-1 du code du travail aux motifs que la décision de l'autorité administrative d'annuler l'accord du 20 novembre 2013 ne résulte ni de l'absence ni de l'insuffisance du PSE, l'article L. 1237-7 ne faisant aucune différence entre les motifs de l'annulation mais se référant uniquement à la nature de la contestation ; que dès lors qu'il s'agit de contester la régularité de la procédure des licenciements prononcés en vertu d'un plan de sauvegarde de l'emploi ou d'engager une action susceptible d'entraîner la nullité de la procédure de licenciement soit en raison de l'absence ou de l'insuffisance du plan soit en raison d'une décision d'homologation ou de validation d'un PSE ultérieurement annulée par le juge administratif, la prescription est limitée à 12 mois ; que contrairement enfin à l'argumentation développée par [le salarié], le point de départ du délai de la prescription annale n'a pas à être reporté à l'expiration des recours contentieux devant le juge administratif, les actions judiciaires et administratives étant autonomes l'une de l'autre, et les articles L. 1235-10 et 11 n'exigeant nullement, pour leur recevabilité, une décision irrévocable d'annulation de l'administration ; que rien n'empêche, en effet, le salarié de contester la régularité ou la validité du plan dès son adoption, événement qui marque la date à laquelle il a été mis en

mesure d'en avoir connaissance ; que la seule exigence imposée par l'article L. 1235-7 du code du travail pour faire courir le délai de prescription est qu'il en ait été fait mention dans la lettre de licenciement, ce qui est le cas en l'espèce, le salarié étant alors nécessairement informé des éléments pouvant entacher la régularité de son congédiement ; qu'enfin, la cour relève que l'ensemble des recours administratifs, pourvoi inclus, est enserré dans de courts délais et qu'en l'espèce, la décision d'annulation de l'accord collectif du 20 novembre 2013 a été connue le 22 octobre 2014, c'est-à-dire dans le délai de la prescription annale ; que [le salarié] sollicite la nullité de son licenciement pour motif économique en raison de l'annulation de la décision de validation du plan de sauvegarde de l'emploi mis en oeuvre par l'accord collectif du 20 novembre 2013 ; qu'il invoque d'ailleurs l'application des articles L. 1235-10 et L.1235-16 du code du travail relatif au PSE ; que par conséquent, son action est soumise à la prescription de 12 mois ; que [le salarié] a été informé de l'existence du délai de prescription de 12 mois qui lui était ouvert pour contester la régularité ou la validité de son licenciement dans la lettre de licenciement du 5 juin 2014 et dont il ne conteste pas avoir en avoir accusé réception le 9 juin suivant, comme en atteste d'ailleurs le courrier qu'il a adressé en retour à son employeur, accompagné du coupon d'adhésion au congé de reclassement qui se trouvait joint à la lettre de licenciement ; or, il a saisi la juridiction prud'homale le 9 novembre 2015, soit au delà des 12 mois ; qu'en conséquence, la cour juge irrecevables parce que prescrites la demande [du salarié] visant à faire reconnaître la nullité et l'irrégularité de son licenciement au visa des articles L. 1235-10, L. 1235-11 et L. 1235-16 du code du travail et en conséquence les indemnités sollicitées à ce titre.

1° ALORS QUE l'action du salarié, qui demande au juge prud'homal de tirer les conséquences sur la rupture de son contrat de travail de l'annulation par le juge administratif de la décision de validation mentionnée à l'article L. 1233-57-2 ou d'homologation mentionnée à l'article L. 1233-57-3 du code du travail, se prescrit par deux ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit ; qu'en décidant que dès lors qu'il s'agit de contester la régularité de la procédure des licenciements prononcés en vertu d'un plan de sauvegarde de l'emploi ou d'engager une action susceptible d'entraîner la nullité de la procédure de licenciement soit en raison de l'absence ou de l'insuffisance du plan soit en raison d'une décision d'homologation ou de validation d'un PSE ultérieurement annulée par le juge administratif, la prescription est limitée à 12 mois, quand l'action du salarié, qui demande au juge prud'homal de tirer les conséquences sur son licenciement de l'annulation de la décision de validation de l'accord du 20 novembre 2013, se prescrivait par deux ans à compter du jour où le salarié a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit, la cour d'appel a violé l'article L. 1471-1 du code du travail dans sa version applicable issue de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013.

2° ALORS subsidiairement QUE l'action du salarié, qui demande au juge prud'homal de tirer les conséquences sur la rupture de son contrat de travail de l'annulation par le juge administratif de la décision de validation mentionnée à l'article L. 1233-57-2 ou d'homologation mentionnée à l'article L. 1233-57-3 du code du travail, se prescrit par deux ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit et, partant au plus tôt à compter de la décision définitive du juge administratif ; qu'en décidant que la prescription est limitée à 12 mois, quand l'action était recevable en ce qu'elle se prescrivait par deux ans à compter au plus tôt de la date de la décision du Conseil d'Etat du 22 juillet 2015 ayant rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel administrative du 22 octobre 2014 qui a annulé la décision de la Direccte du 2 janvier 2014 de validation de l'accord du 20 novembre 2013, la cour d'appel a violé l'article L. 1471-1 du code du travail dans sa version applicable issue de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013.

3° ALORS subsidiairement QUE l'action du salarié, qui demande au juge prud'homal de tirer les conséquences sur la rupture de son contrat de travail de l'annulation par le juge administratif de la décision de validation mentionnée à l'article L. 1233-57-2 ou d'homologation mentionnée à l'article L. 1233-57-3 du code du travail, se prescrit par deux ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit ; qu'en décidant que la prescription est limitée à 12 mois, quand l'action du salarié était recevable en ce qu'elle se prescrivait par deux ans à compter au plus tôt de l'arrêt de la cour d'appel administrative du 22 octobre 2014 qui a annulé la décision de la Direccte du 2 janvier 2014 de validation de l'accord du 20 novembre 2013, la cour d'appel a violé l'article L. 1471-1 du code du travail dans sa version alors applicable issue de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013.

4° ALORS subsidiairement QUE l'action du salarié, qui demande au juge prud'homal de tirer les conséquences sur la rupture de son contrat de travail de l'annulation par le juge administratif de la décision de validation mentionnée à l'article L. 1233-57-2 ou d'homologation mentionnée à l'article L. 1233-57-3 du code du travail, se prescrit par deux ans à

compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit, et partant à compter de la notification du licenciement ; qu'en retenant que l'action est prescrite quand celle-ci a été introduite moins de deux ans après la date de son licenciement, la cour d'appel a violé l'article L. 1471-1 du code du travail dans sa version alors applicable issue de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013.

5° ALORS subsidiairement QU'en vertu de l'article L. 1233-57-4 du code du travail, la décision de validation ou d'homologation et les voies et délais de recours sont portés à la connaissance des salariés par voie d'affichage sur leurs lieux de travail ; qu'il en résulte qu'il ne peut être opposé au salarié la connaissance des éléments qui entachent la régularité de la rupture s'il n'est pas établi que l'affichage a été effectué sur les lieux de travail ; qu'en retenant, pour dire que le point de départ de la prescription annale n'a pas à être reporté à l'expiration des recours contentieux devant le juge administratif, que rien n'empêche le salarié de contester la régularité ou la validité du plan dès son adoption, événement qui marque la date à laquelle il a été mis en mesure d'en avoir connaissance et qu'il est au moment de son licenciement nécessairement informé des éléments pouvant entacher la régularité de la rupture, sans constater que la décision de validation de la Direccte du 2 janvier 2014 et les voies et délais de recours ont été affichés sur les lieux de travail, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles L. 1235-7, L. 1235-7-1 alinéa 3 et L. 1233-57-4 du code du travail dans leur version applicable au litige.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief aux arrêts attaqués d'AVOIR déclaré irrecevable la demande de complément d'indemnité conventionnelle de licenciement.

AUX MOTIFS QU'il résulte de l'article L. 1234-20 du code du travail que le reçu pour solde de tout compte est doté d'un effet libératoire pour l'employeur si dans les six mois suivant sa signature, le salarié ne l'a pas contesté ; qu'il est alors censé avoir renoncé à toute réclamation, y compris judiciaire, portant sur les sommes visées dans ce document ; que cet effet libératoire ne concerne toutefois que les sommes précisément inventoriées par l'employeur dans le reçu, étant rappelé que la pratique consistant à ne faire apparaître, dans le reçu, qu'une somme globale, puis à en détailler les éléments dans un bulletin de paie annexé n'a en effet aucun effet libératoire et le salarié ne sera donc pas empêché de formuler une réclamation ultérieure en rappel de salaires et autres indemnités ; qu'en l'espèce, M. [F], qui a été licencié par lettre recommandée avec accusé de réception du 5 juin 2014, a reçu son solde de tout compte le 9 avril 2015, comme il le reconnaît lui-même (page 9 de ses conclusions) ; qu'il a saisi le conseil de prud'hommes le 9 novembre 2015 sans avoir dénoncé, auprès de l'employeur, les sommes qui lui étaient remises, à savoir : 46 287,33 euros d'indemnité de licenciement, 61 euros de solde de commissions, 3 742,09 euros de congés payés ; que la société n'a donc eu connaissance de la contestation de M. [F] sur les sommes versées à ces titres qu'après le 10 novembre 2015, date de l'envoi par le greffe de sa convocation devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes, l'accusé de réception ne figurant ni dans le dossier de la juridiction ni dans les dossiers de plaidoiries ; or, à cette date, M. [F] n'était plus dans le délai légal lui permettant de contester les sommes reçues de sorte que sa demande en paiement d'un complément d'indemnité conventionnelle de licenciement est irrecevable.

1° ALORS QUE le juge ne peut fonder sa décision sur un moyen de droit qu'il a relevé d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leur observations ; que l'appel contre les jugements du conseil de prud'hommes est formé, instruit et jugé suivant la procédure avec représentation obligatoire ; qu'en l'espèce, il ne résulte ni de l'arrêt ni des conclusions des parties que celles-ci ont débattu de l'effet libératoire de la signature du reçu pour solde de tout compte ; qu'en conséquence en déclarant irrecevable la demande sans avoir mis les parties en mesure d'en discuter, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile, ensemble l'article R. 1461-2 du code du travail.

2° ALORS subsidiairement QUE le reçu pour solde de tout compte n'a d'effet libératoire pour l'employeur concernant les sommes qui y sont mentionnées que s'il est établi qu'il a été signé par le salarié puis remis à l'employeur ; qu'en ne constatant pas que l'exposant avait signé le reçu de solde de tout compte, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 1234-20 du code du travail.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que la relation de travail est soumise aux dispositions de la convention collective des VRP.

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, étant rappelé que pour ne pas avoir contesté le montant de l'indemnité conventionnelle de licenciement reçus dans les délais, il n'est plus recevable à voir sa situation réétudiée à ce titre.

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.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

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 pour la période du congé de reclassement.

AUX MOTIFS QUE la cour doit rappeler 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 » ; 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), M. [F] 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 à l'engagement de la procédure de licenciement ; qu'en l'espèce, contrairement à ce que soutient l'employeur, il doit être retenu, à défaut de dispositions conventionnelles dérogatoires plus favorables, pour déterminer le salaire moyen, la période de rémunération correspondant aux trois ou au 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 24 février 2014, l'employeur a notifié à M. [F] 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 ; que la période de référence est donc soit celle débutant le 1er juin 2013 et se terminant le 31 mai 2014, dernier mois complet travaillé, soit celle débutant le 1er mars et se terminant le 31 mai 2014 ; 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 dues [au salarié] n'aurait pas été prise en compte ; qu'au contraire, les bulletins de salaire de l'intéressé font apparaître qu'elles 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 du salaire de référence, ni celles qui n'auraient pas été intégrées ; qu'en tout état de cause, M. [F] n'ayant pas contesté son solde de tout compte dans les délais, il ne peut plus contester le montant des commissions qui lui a été versé ; 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. [F] a perçu, au cours des mois de mars, avril et mai 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, le montant de celle-ci étant demeuré au moins égal 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 M. [F] a bénéficié d'un préavis de trois mois et, s'il devait bénéficier d'un congé de reclassement de 12 mois, il est acquis aux débats qu'il a obtenu, à sa demande, la rupture de ce congé le 31 mars 2015 ; qu'il a donc droit, éventuellement, au maintien de son salaire pour toute cette période ; que le salaire de M. [F], calculé selon la méthode rappelée ci-dessus, s'est élevé au cours des 12 derniers mois : à la somme de 71 519,87 euros de laquelle doivent être déduites les sommes de 19 632,36 euros correspondant aux frais professionnels du forfait (30% des 65 441,20 euros de commissions) et de 620 euros de remboursement de frais divers, soit la somme de 51 267,51 euros, ce qui représente la somme de 4 272,29 euros par mois ; au cours des trois derniers mois : à la somme de 24 967,69 euros de laquelle doit être déduite la somme de 7 490,30 euros correspondant aux frais professionnels du forfait, soit un montant de 17 477,39 euros, représentant 5 825,79 euros par mois ; qu'il conviendra en conséquence de retenir un salaire moyen de 5 825,79 euros, montant le plus favorable pour le salarié ; qu'à cet égard la cour relève que M. [F] qui entend voir fixer son salaire moyen à la somme de 10 572,32 euros, propose pourtant à la cour deux calculs qui aboutissent à retenir, pour l'un, la somme de 4 281,34 euros (moyenne des trois derniers mois travaillés) et, pour l'autre, la somme de 5 959,87 euros (moyenne des 12 derniers mois) ; qu'il résulte des pièces produites, et non contestées, que M. [F] a perçu : pour la

période du congé de reclassement correspondant au préavis (juin à août 2014), déduction faite des 1 259,05 euros de frais professionnels, un salaire brut de 25 613,07 euros ; le maintien de sa rémunération aurait limité cette somme à 17 477,37 euros ; il a donc perçu une somme supplémentaire de 8 135,70 euros ; pour la partie excédant le préavis (de septembre 2014 au 31 mars 2015), après déduction des frais professionnels pour 3 749,57 euros, la somme de 36 469,45 euros ; le maintien de sa rémunération aurait dû lui permettre de percevoir la somme de 41 719,09 euros ; qu'au regard de ces éléments, il doit être constaté que M. [F] n'a pas subi de diminution de salaire au cours de la période de son congé de reclassement mais a, au contraire, perçu une somme supplémentaire de 2 886,06 euros, somme à laquelle s'est également ajoutée, pour rappel, une indemnité de 10 000 euros pour création d'entreprise qui n'aurait plus lieu d'être en raison de l'annulation du PSE ; qu'il convient donc de débouter M. [F] de sa demande de rappel de salaires, la cour relevant que la société Pages Jaunes ne sollicite pas le remboursement du trop versé.

1° 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, la moyenne des trois derniers mois de salaire en pratiquant une déduction forfaitaire de 30% sur le montant des commissions perçues, 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.

2° ALORS subsidiairement QUE le salaire est déterminé par la commune intention des parties ; qu'en décidant que le salaire moyen 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% sans plafonnement sur le montant des commissions, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1221-1 du code du travail, de l'article 1134 et de l'article 1147 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

3° 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 la cour d'appel a constaté que la rémunération mensuelle du salarié était exclusivement constituée de commissions calculées sur le chiffre d'affaires réalisé et de primes sur objectifs (arrêt, p. 2, § 2) et qu'au cours de la phase de recherches de solutions de reclassement en interne, le salarié a été dispensé de toute activité professionnelle (arrêt, p. 3, § 2) ; qu'en décidant que l'indemnité liée à la recherche de reclassement interne perçue en mars, avril et mai 2014 devait être exclue de l'assiette des rémunérations 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, sans rechercher si elle venait en remplacement des commissions que le salarié avait été empêché de générer par l'absence d'activité imposée par l'employeur, 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.

4° ALORS QUE le juge est tenu d'analyser les pièces versées aux débats par les parties ; qu'en retenant que le salarié propose à la cour d'appel deux calculs qui aboutissent aux sommes de 4 281,34 euros et 5 959,87 euros sans se référer à la pièce individuelle n°2 de laquelle il s'évinqait que la moyenne du salaire des trois derniers était 10 572,32 euros tel que revendiquée, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile.