

SOC.

MF

COUR DE CASSATION

Audience publique du 24 novembre 2021

Cassation partielle

Mme MARIETTE, conseiller doyen
faisant fonction de président

Arrêt n° 1307 F-D

Pourvois n°
U 18-26.723
W 18-26.725 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 24 NOVEMBRE 2021

1°/ M. [P] [C], domicilié [Adresse 3],

2°/ M. [X] [E], domicilié [Adresse 2],

ont formés respectivement les pourvois n° U 18-26.723 et W 18-26.725 contre deux arrêts rendus le 8 novembre 2018 par la cour d'appel de Versailles (5ème chambre), dans les litiges les opposant à la société Solocal, dont le siège est [Adresse 1], anciennement dénommée Pages jaunes, défenderesse à la cassation ;

Les demandeurs invoquent, à l'appui de leur pourvoi, les quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt.

Les dossiers ont été communiqués au procureur général.

Sur le rapport de Mme Marguerite, conseiller référendaire, les observations de la SCP Thouvenin, Coudray et Gévy, avocat de MM. [C] et [E], 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.

Jonction

1. En raison de leur connexité, les pourvois n°U 18-26.723 et W 18-26.725 sont joints.

Faits et procédure

2. Selon les arrêts attaqués (Versailles, 8 novembre 2018), MM. [C] et [E] 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, 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.

3. Les salariés ont 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.

Examen des moyens

Sur les premier et quatrième moyens, ci-après annexés

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.

Mais sur le deuxième moyen

Enoncé du moyen

5. Les salariés font grief aux arrêts de dire que la relation de travail est soumise aux dispositions de la convention collective des voyageurs, représentants ou placiers (VRP) et de les débouter de leur demande de solde d'indemnité conventionnelle de licenciement sur le fondement de la convention collective de la publicité, alors « qu'en vertu de L. 7313-17 du code du travail, lorsque l'employeur est assujetti 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 :

6. Il résulte de l'article L. 7313-17 du code du travail que, lorsque l'employeur est assujetti 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.

7. 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.

8. 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 les autres griefs, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'ils décident que la convention collective des VRP est applicable à la relation contractuelle, et déboutent MM. [C] et [E] 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 ;

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 MM. [C] et [E] la somme de 500 euros chacun ;

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 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 MM. [C] (demandeur au pourvoi n° U 18-26.723)

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 ainsi que 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 30 mai 2014 [lire 30 avril 2014] et dont il a eu connaissance le 6 mai suivant, comme en atteste le courrier en réponse qu'il a adressé à son employeur afin de lui retourner signé le coupon d'adhésion au congé de reclassement qui était joint à la lettre de licenciement. Il a saisi la juridiction prud'homale le 9 novembre 2015, soit au delà des 12 mois ; qu'en conséquence, la cour juge irrecevable comme prescrite 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 à obtenir les indemnités subséquentes.

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 à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que la relation de travail est soumise aux dispositions de la convention collective des VRP et d'AVOIR débouté le salarié de sa demande à titre du 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.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION SUBSIDIAIRE

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué débouté le salarié de sa demande à titre 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 de retenir les dispositions de la convention collective des VRP comme étant celles les plus favorables pour [le salarié] ; que par contre, 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 11 février 2014, l'employeur a notifié [au salarié] qu'il rentrait 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 le salarié a été dispensé de travailler mais rémunéré entre dans l'assiette de calcul ; qu'en conséquence, la période de référence est donc celle débutant le 1er mai 2013 et se terminant le 30 avril 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 ; 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 ; 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 ; qu'en l'occurrence, le contrat de travail de M. [C] ne prévoit pas l'intégration des frais professionnels aux commissions versées et l'examen de ses bulletins de salaire démontre qu'il a été remboursé de ces frais, mensuellement, au réel ; que dès lors, il y a lieu de calculer le montant de l'indemnité conventionnelle de rupture en procédant non à l'abattement prévu à la convention collective mais à la déduction des seuls frais effectivement remboursés ; que la rémunération perçue par M. [C] sur la période de référence, incluant l'indemnisation de ses frais professionnels, s'est élevée à la somme de 34 750,97 euros ; une fois ces frais retranchés (310 euros), sa rémunération annuelle brute s'est élevée à la somme de 34 440 euros ce qui représente une moyenne mensuelle de 2 870 euros ; que pour autant, la cour, tenue par les prétentions des parties, constate que la société Pages Jaunes a entendu retenir un salaire moyen de 2 894,39 euros ; que cette somme étant plus favorable pour le salarié, elle sera donc retenue pour le calcul de l'indemnité de licenciement ; 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 10 octobre 2005 et le contrat de travail ayant pris fin le 14 mai 2015 à la fin du congé de reclassement, M. [C] justifiait d'une ancienneté de huit ans, sept mois et quatre jours ; que la cour constate que M. [C], 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%)

: 1 302,47 euros ; pour la période d'ancienneté entre 3 et 10 ans, soit cinq ans, sept mois et quatre jours (0,20%) : 2 894,39 euros + 337,67 euros + 6,43 euros = 3 238,49 euros ; soit un montant total de 4 540,96 euros ; que la société Pages Jaunes, bien que retenant une période et un salaire de référence erronés, a versé à M. [C] la somme de 5 581 euros, de sorte que celui-ci a été rempli de ses droits, la cour constatant que la Société ne sollicite pas le remboursement de la différence ; 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 QU'en retenant que les dispositions de la convention collective des VRP sont celles les plus favorables au salarié alors que l'indemnité légale de licenciement était plus favorable que l'indemnité de licenciement déterminée en application de la convention collective des VRP, la cour d'appel a violé les articles L 1234-9 et R 1234-2 du code du travail dans leur version alors en vigueur.

5° ALORS subsidiairement QUE la cour d'appel a constaté que le salarié a été embauché le 10 octobre 2005 et que le contrat a pris fin le 14 mai 2015, ce qui portait l'ancienneté à 9 ans, 7 mois et quatre jours ; qu'en retenant que le salarié justifiait d'une ancienneté de huit ans, sept mois et quatre jours et en déterminant l'indemnité conventionnelle de licenciement sur la base d'une ancienneté erronée, la cour d'appel a violé les articles L 1234-9, R 1234-1 et L 1233-72 du code du travail dans leur version alors en vigueur.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief d'AVOIR limité la somme allouée au salarié à titre de rappel de salaire sur le congé de reclassement, outre les congés payés afférents et de l'AVOIR débouté du surplus de sa demande.

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. [C] a bénéficié d'un préavis de trois mois et d'un congé de reclassement de 12 mois ; qu'il a donc droit au maintien de son salaire pour toute cette période ; que le salaire moyen de M. [C], calculé conformément aux règles ci-dessus rappelées, s'est élevé à la somme de 3 091,23 euros correspondant à la moyenne des trois derniers mois travaillés (contre 2 894,39 euros en retenant la moyenne des 12 derniers mois) ; qu'il résulte des pièces produites, et non contestées, que M. [C] a perçu : pour la période du congé de reclassement correspondant au préavis, soit de mai à août 2014, la somme totale de 8 683,17 euros ; pour la partie excédant le préavis, soit du 3 août jusqu'à la suspension du congé, la somme totale de 12 621,86 euros, ainsi que 5 622 euros d'indemnité différentielle de salaire versée entre juillet 2015 et mars 2016 ; à l'issue de son congé de reclassement, la somme de 2 000 euros d'indemnité de retour à l'emploi ; que pour la période du préavis, il aurait dû percevoir la somme de 9 273,69 euros, soit un manque de 590,62 euros ; que pour la période excédant le préavis, la cour constate que M. [C] a bénéficié d'absences non payées et de périodes de suspension de son congé de reclassement dont le décompte exact n'est pas produit ; que la cour, qui n'est pas mise en mesure de connaître la durée de ces périodes, ne peut, en conséquence, pas apprécier si l'indemnisation reçue au cours des périodes de présence était au moins égale au salaire habituel, étant relevé que cette difficulté est accrue par le fait que M. [C] ne propose aucun calcul pour justifier sa demande de rappel ; qu'il échoue donc à démontrer que la somme qu'il a perçue au cours de la période litigieuse est inférieure à celle qu'il aurait dû percevoir si sa rémunération avait été maintenue ; que dans ces conditions, il convient de faire droit à la demande de M. [C] mais de limiter ses prétentions à la somme de 590,62 euros, seul préjudice démontré, outre 59,06 euros de congés payés afférents, s'agissant de créances salariales ; qu'en tant que telles, ces sommes seront soumises à cotisations sociales.

ALORS QUE les juges du fond sont tenus d'examiner et de se prononcer sur les pièces versées aux débats par les parties ; qu'il ressort des conclusions de l'employeur que ce dernier a produit les bulletins de salaire de janvier 2013 à novembre 2015 ainsi que ceux des mois de mars, avril et juillet 2016 ; qu'en opposant au salarié qu'elle n'a pas été mise en mesure de connaître la durée des absences non payées et de périodes de suspension de son congé de reclassement sans s'expliquer sur la communication des pièces de l'employeur desquels s'évinçaient lesdits éléments, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 1353 ancien du code civil devenu 1382 du code civil.

Moyens produits par la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat aux Conseils, pour M. [E] (demandeur au pourvoi n° W 18-26.725)

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 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 30 avril 2014 et dont il a accusé réception le 6 mai 2014 ainsi qu'en atteste le courrier en réponse qu'il a adressé à son employeur en lui retournant le bulletin d'adhésion au congé de reclassement qui était joint à la lettre de licenciement ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale le 30 septembre 2015 soit au-delà des 12 mois ; qu'en conséquence, la cour juge irrecevable parce que prescrite 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 à obtenir les indemnités subséquentes.

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 à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que la relation de travail est soumise aux dispositions de la convention collective des VRP et d'AVOIR débouté le salarié de sa demande à titre de solde 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.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION SUBSIDIAIRE

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté le salarié de sa demande à titre de solde 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] ; par contre qu'au regard de ces dispositions, 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 10 février 2014, l'employeur a notifié [au salarié] qu'il rentrait dans une période consacrée à la recherche de solutions de reclassement interne, qu'il était dispensé d'activité, tout en demeurant intégralement rémunéré ; qu'ainsi, le contrat de travail n'étant pas suspendu, la période durant laquelle le salarié a été dispensé de travailler mais rémunéré rentre dans l'assiette de calcul servant à la détermination du salaire de base pour déterminer le montant de l'indemnité de licenciement ; qu'au regard des dispositions ci-dessus rappelées, il doit donc être retenu, comme période de référence, celle débutant le 1er mai 2013 et se terminant le 30 avril 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 ; 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 ; 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 cour constate que M. [E], 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 ; qu'à défaut de verser aux débats ses bulletins de salaire pour la période de mai à décembre 2013, la cour se trouve dans l'impossibilité de calculer le salaire de référence sur les 12 mois précédant l'envoi de la lettre de licenciement ; que M. [E] échoue à démontrer que l'indemnité qu'il a reçue à ce titre ne l'a pas rempli de ses droits.

1° ALORS QUE le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ; 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 QUE 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 décidant de déterminer 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.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté le salarié de sa demande à titre 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 ; [...] que M. [E] 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 toute cette période ; que pour autant, la cour ne peut que constater que M. [E] ne verse pas l'intégralité de ses bulletins de salaire correspondant à la période de référence ; qu'il manque en effet les bulletins couvrant la période de mai à décembre 2013, ce qui ne permet donc pas à la cour de calculer son salaire moyen sur cette période et donc de le comparer avec celui des trois derniers mois précédant le licenciement ; qu'il sera en effet relevé que tableau récapitulatif établi par le salarié et les bulletins de salaire des mois de décembre 2013 et 2014 qu'il produit ne peuvent pallier cette carence puisqu'ils ne différencient pas les commissions des autres sommes versées au titre des rémunérations alors que, comme rappelé ci-dessus, les commissions comprenaient un remboursement forfaitaire des frais professionnels qui n'entrent pas dans l'assiette du calcul ; que si la cour peut considérer, au regard des conclusions de la société Pages Jaunes, que celle-ci a retenu une période de référence erronée, elle ne peut en revanche en déduire qu'il y a eu manque à gagner et, dans cette hypothèse, son montant ; que la cour ne saurait pas davantage retenir, par défaut, ni le salaire moyen retenu par le conseil de prud'hommes, qui n'a pas exclu les sommes versées au titre des frais professionnels, ni le salaire des trois derniers mois travaillés puisque le salarié reconnaît que le montant des commissions reçu au mois de mars correspondaient à une valorisation annuelle (sur laquelle il n'est fourni aucun renseignement) ; que M. [E] échoue donc à démontrer qu'il a subi une perte de salaire.

ET AUX MOTIFS énoncés au troisième moyen

1° ALORS QUE le salarié a été débouté de sa demande au motif que la production des bulletins de décembre 2013 et décembre 2014 ne permettait pas de différencier les commissions des autres sommes versées au titre des rémunérations afin de déduire le remboursement forfaitaire des frais professionnels qui n'entrent pas dans l'assiette du calcul ; que la cassation qui interviendra sur le fondement du troisième moyen portant sur la critique de l'abattement forfaitaire de 30% sur les commissions 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 déboutant le salarié de sa demande au motif que la seule production des bulletins de décembre 2013 et décembre 2014 ne permettait pas de différencier les commissions des autres sommes versées au titre des rémunérations afin de déduire le remboursement forfaitaire des frais professionnels qui n'entrent pas dans l'assiette du calcul alors que s'agissant de déterminer le salaire qu'aurait perçu le salarié s'il avait effectivement travaillé durant la période de congé de reclassement, cela n'impliquait nullement de déduire un remboursement forfaitaire de frais, 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.