

24 novembre 2021

Cour de cassation

Pourvoi n° 18-26.728

Chambre sociale – Formation restreinte hors RNSM/NA

ECLI:FR:CCASS:2021:SO01308

Texte de la décision

Entête

SOC.

CH.B

COUR DE CASSATION

Audience publique du 24 novembre 2021

Cassation partielle

Mme MARIETTE, conseiller doyen
faisant fonction de président

Arrêt n° 1308 F-D

Pourvois n°
Z 18-26.728 H 18-26.735 JONCTION
A 18-26.729 K 18-26.738
C 18-26.731 M 18-26.739
E 18-26.733 N 18-26.740

F 18-26.734 R 18-26.743

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. Mme [F] [V], domiciliée [Adresse 3],
2. M. [O] [Y], domicilié [Adresse 9],
3. Mme [C] [T], domiciliée [Adresse 8],
4. M. [W] [P], domicilié [Adresse 6],
5. M. [W] [G], domicilié [Adresse 5],
6. M. [I] [A], domicilié [Adresse 11],
7. Mme [S] [M], domiciliée [Adresse 1],
8. M. [I] [E], domicilié [Adresse 10],
9. M. [J] [H], domicilié [Adresse 7],
10. M. [R] [Z], domicilié [Adresse 2]

ont formé respectivement les pourvois n° Z 18-26.728, A 18-26.729, C 18-26.731, E 18-26.733, F 18-26.734, H 18-26.735, K 18-26.738, M 18-26.739, N 18-26.740 et R 18-26.743 contre dix arrêts rendus le 8 novembre 2018 par la cour d'appel de Versailles (5e chambre), dans les litiges les opposant à la société Solocal, société anonyme, dont le siège est [Adresse 4], anciennement dénommée Pages jaunes,

défenderesse à la cassation.

Les demandeurs invoquent, à l'appui de chacun 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 Grévy, avocat de Mmes [V], [T], [M] et MM. [Y], [P], [G], [A], [E], [H] et [Z], 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° Z 18-26.728, A 18-26.729, C 18-26.731, E 18-26.733, F 18-26.734, H 18-26.735, K 18-26.738, M 18-26.739, N 18-26.740 et R 18-26.743 sont joints.

Exposé du litige

Faits et procédure

2. Selon les arrêts attaqués (Versailles, 8 novembre 2018), Mme [V] et d'autres salariés de la société Pages jaunes, devenue la société Solocal, ont été licenciés pour motif économique dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi contenu dans un accord collectif majoritaire signé le 20 novembre 2013 et validé par le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi d'Ile-de-France le 2 janvier 2014. Par arrêt du 22 octobre 2014, statuant sur le recours d'un autre salarié, 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.

Moyens

Examen des moyens

Sur les premier et quatrième moyens, ci-après annexés

Motivation

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

Moyens

Mais sur le 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'article 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. »

Motivation

Réponse de la Cour

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

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 solde 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.

Portée et conséquences de la cassation

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

Dispositif

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

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'ils décident que la convention collective des VRP est applicable à la relation contractuelle, fixent le salaire moyen mensuel et déboutent Mmes [V], [T], [M] et MM. [Y], [P], [G], [A], [E], [H] et [Z] 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, l'affaire 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 Mmes [V], [T], [M] et MM. [Y], [P], [G], [A], [E], [H] et [Z] 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 annexés

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyen produit au pourvoi n° Z 18-26.728 par la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat aux Conseils, pour Mme [V].

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 avril 2014 et dont elle a accusé réception le 16 mai suivant comme en atteste le courrier qu'il a adressé en réponse à son employeur qu'elle accompagnait du coupon d'adhésion au congé de reclassement joint à la lettre de licenciement ; qu'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 ses demandes d'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 la salariée 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 1^{er} 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 fixé le salaire moyen à un montant inférieur à celui sollicité par le salarié et d'AVOIR débouté la salariée 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 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, 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 ; que par contre la lecture des bulletins de salaire émis au cours de la période de référence, non contestés des parties, enseigne que Mme [V] a perçu, au mois de février 2014, une indemnité liée à la recherche de reclassement interne ; que cette indemnité, prévue par un PSE ultérieurement annulé, a été octroyée en sus de sa rémunération habituelle dont le niveau est demeuré au moins égal 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 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 de Mme [V] ne prévoit aucune indemnisation forfaitaire des frais qu'elle pouvait engager dans le cadre de son emploi ; l'examen de ses bulletins de salaire enseigne qu'elle était remboursée, au réel, des frais qu'elle engageait pour les besoins de sa fonction ; que dès lors, il n'y a pas lieu de procéder à l'abattement forfaitaire de 30 % des commissions mais d'exclure de l'assiette de calcul les seuls remboursements de frais professionnels dont elle a bénéficié ; que la rémunération perçue par Mme [V] sur la période de référence, incluant les frais professionnels, s'est élevée à la somme de 53 138,79 euros ; une fois ces frais retranchés (320 euros), sa rémunération annuelle s'est élevée à la somme de 52 818,79 euros, soit une moyenne mensuelle de 4 401,56 euros ; que pour autant, la cour étant tenue par les prétentions des parties et la société Pages Jaunes ayant entendu retenir une rémunération moyenne de 4 599,24 euros, c'est cette dernière somme qui sera retenue ; qu'enfin, s'agissant de l'ancienneté à retenir, à défaut de stipulations conventionnelles dérogatoires, il convient de faire application de l'article L. 1233-72 alinéa 2 du code du travail qui dispose : "Lorsque la durée du congé de reclassement excède la durée du préavis, le terme de ce dernier est reporté jusqu'à la fin du congé de reclassement, de sorte que, embauché le 15 octobre 2001 et le contrat de travail ayant pris fin le 14 mai 2015 à la fin du congé de reclassement, [le salarié] justifiait d'une ancienneté de 13 ans, sept mois ; que la cour constate que le salarié, 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 ; La cour constate que Mme [V], qui revendiquait l'application de la convention collective de la publicité, n'a fait aucune observation sur les modalités de calcul de l'indemnité de licenciement au regard de la convention collective des VRP ; que néanmoins, pour tenir compte de ce qui précède, l'indemnité doit s'établir ainsi : pour la période d'ancienneté entre 0 et 3 ans (0,15%) : 2 069,66 euros ; pour la période d'ancienneté entre 3 et 10 ans (0,20%) : 6 438,93 euros ; pour la période d'ancienneté entre 10 et 15 ans soit 3 ans et sept mois (0,25%) : (3 449,43 euros + 670,72 euros) = 4 120,15 euros, soit la somme totale de 12 628,74 euros ; que la société Pages Jaunes lui a versé la somme de 13 486,07 euros de sorte que Mme [V] a été remplie de ses droits, la cour constatant qu'elle n'est saisie d'aucune demande de remboursement du trop versé (857,33 euros).

1° ALORS QUE le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ; qu'en l'espèce, le débat contradictoire des parties a porté sur la détermination de l'indemnité conventionnelle de licenciement en application de la convention collective de la publicité ; qu'en procédant à la détermination de l'indemnité conventionnelle de licenciement sur le fondement de l'article 2 du titre VII de la convention d'entreprise du 1er janvier 2004 sans inviter les parties à débattre sur la comparaison entre l'indemnité conventionnelle de rupture calculée selon

l'article 13 de l'accord national interprofessionnel des VRP et celle calculée en retenant l'assiette constituée par la moyenne mensuelle de la meilleure des cinq années civiles précédant le départ, sous déduction des frais professionnels, après revalorisation selon l'évolution de l'indice INSEE, pour retenir le montant le plus favorable, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile.

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

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

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

5° ALORS subsidiairement QU'en décidant que l'indemnité liée à la recherche de reclassement interne perçue au mois de février 2014 devait être exclue de l'assiette de calcul des rémunérations au motif que cette indemnité a été ajoutée à la rémunération habituelle sans rechercher si l'indemnité venait en remplacement de la partie variable de la rémunération dépendant d'objectifs que la salariée avait été empêchée d'atteindre par l'absence d'activité, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décisions au regard de l'article 2 du titre VII de la convention d'entreprise du 1er janvier 2004, de l'article 13 de l'accord national interprofessionnel des voyageurs, représentants, placiers du 3 octobre 1975 et de l'article R. 1234-4 du code du travail.

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 la salariée, d'AVOIR limité les sommes allouées à titre de rappel de salaire sur le congé de reclassement et les congés payés afférents et de l'AVOIR déboutée 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, Mme [V] a bénéficié d'un préavis de trois mois d'un congé de reclassement de 12 mois ; qu'elle a donc droit au maintien de sa rémunération pour l'ensemble de cette période ; que le salaire moyen de Mme [V] a été fixé, pour les raisons ci-dessus exposées, à la somme de 4 599,24 euros, calcul d'ailleurs plus favorable que celui résultant de la moyenne des trois ou des 12 derniers mois ; qu'il résulte des pièces produites que Mme [V] a perçu : pour la période du congé de reclassement correspondant au préavis, soit de mai à juillet 2014 inclus, la somme de 865,83 euros bruts ; pour la partie excédant le préavis, soit d'août 2014 au 14 mai 2015, la somme de 42 794,48 euros bruts ; que pour la période du préavis, son salaire aurait été limité à la somme de 13 797,72 euros ; pour la période excédant le préavis, elle aurait dû percevoir la somme de 43 470,23 euros ; qu'il convient donc de faire droit à la demande de Mme [V] mais de limiter ses prétentions à la somme de 392,35 euros à laquelle il convient de rajouter 39,23 euros de congés payés s'agissant de créances salariales ; qu'en tant que telles, ces sommes seront soumises aux cotisations sociales et produiront intérêts à compter de la date de réception par l'employeur de sa convocation devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes.

ET AUX MOTIFS énoncés au troisième moyen

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

Moyen produit au pourvoi n° A 18-26.729 par la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat aux Conseils, pour M. [Y].

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 avril 2014 et dont il ne conteste pas avoir reçu notification le 6 mai suivant, comme en atteste également le courrier qu'il a adressé à son employeur à cette date pour lui retourner le coupon réponse d'adhésion au congé de reclassement joint à la lettre de licenciement ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale le 8 avril 2016, 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 ainsi que ses demandes d'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 1^{er} 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 fixé le salaire moyen à un montant inférieur à celui sollicité par le salarié et d'AVOIR 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 26 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 ; que par contre, il doit être relevé que M. [Y] a perçu, au mois de mars et d'avril, une indemnité liée à la recherche d'un poste de reclassement, somme qui s'est ajoutée à sa rémunération habituelle ; que cette indemnité, versée en considération d'un PSE ultérieurement annulé, doit être exclu de l'assiette de calcul puisqu'elle n'est pas la contrepartie d'un travail effectif ou assimilé comme tel ; qu'aux termes de l'article 13 de la convention collective applicable, l'indemnité conventionnelle de rupture est calculée sur la base de la rémunération moyenne mensuelle des 12 derniers mois après déduction des frais professionnels évalués forfaitairement à 30% si le VRP ne percevait aucun remboursement de frais ou sans tenir compte de ces remboursements dans le cas contraire ; que le contrat de travail [du salarié] prévoit, en son article 5, que les commissions englobent les frais que l'intéressé est susceptible d'engager pour les besoins de sa fonction ; que la cour constate que [le salarié] n'en a jamais critiqué la légitimité au cours de la relation de travail et relève que, contrairement à ses allégations que la société a mis en oeuvre cette déduction sur la base d'un accord collectif signé à l'unanimité par toutes les organisations syndicales représentatives, le 27 novembre 2003 ; que cet accord prévoit ainsi à l'article 1 : "Les parties décident par le présent accord de maintenir l'abattement forfaitaire spécifique de l'assiette des cotisations sociales pour frais professionnels (30% limité à 7600 €) pour chaque VRP de Pages jaunes" ; que dès lors, il y a lieu de calculer le montant de l'indemnité conventionnelle de rupture en procédant à l'abattement prévu à la convention collective d'autant plus que la société justifie avoir procédé à cet abattement jusqu'au plafond de 7 600 euros et, lorsqu'il a été atteint, avoir procédé à une régularisation et assujetti, pour les mois suivants, l'intégralité de la rémunération perçue à la cotisation assurance chômage ; que la rémunération perçue par M. [Y] sur la période de référence, incluant l'indemnisation forfaitaire de ses frais professionnels et le remboursement de frais divers, s'est élevée à la somme de 48 595,42 euros ; une fois ces frais retranchés, pour respectivement 13 009,80 euros (soit 30% des 43 366,03 euros de commissions) et 421 euros, sa rémunération annuelle brute s'est élevée à la somme de 35 164,62 euros, ce qui représente une moyenne mensuelle de 2 930,38 euros ; que pour autant, la cour qui est tenue par les prétentions des parties, constate que la société Pages Jaunes a entendu retenir un salaire moyen de 3 072,09 euros ; que c'est donc cette somme, plus favorable pour le salarié, qui sera retenue pour le calcul de l'indemnité ; 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 11 janvier 1988 et le contrat de travail ayant pris fin le 16 aout 2015 à la fin du congé de reclassement, [le salarié] justifiait d'une ancienneté de 27 ans, sept mois et cinq jours ; que la cour constate, à cet égard, que si les bulletins de salaire versés aux débats mentionnent plusieurs périodes d'arrêts de travail, il s'agit d'arrêts consécutifs à un accident du travail, qui doivent donc être considérés comme des périodes de travail effectif, non suspensives du contrat de travail ; que ces périodes n'ont donc pas à être exclues du calcul de l'ancienneté ; que M. [Y], 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%) : 1 382,44 euros ; pour la période d'ancienneté entre 3 et 10 ans (0,20) : 4 300,92 euros ; pour la période d'ancienneté entre 10 à 15 ans (0,25) : 3 840,11 euros ; pour la période d'ancienneté au delà de 15 ans (0,30) : 11 609,41 (11 059,52 + 537,61 + 12,80 euros), soit la somme de 21 132,88 euros ; que le PSE ayant été annulé en raison de l'invalidation de l'accord collectif qui le prévoyait, il n'y a donc plus lieu de faire application de la majoration de 50% dont a bénéficié M. [Y] ; que la société Pages Jaunes lui a versé la somme de 34 657,21 euros de sorte que M. [Y] a été rempli de ses droits, la cour constatant que la Société ne sollicite pas le remboursement de la différence (13 524,33 euros) ; que le jugement entrepris doit être infirmé en ce sens ; [] que 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 (arrêt, p. 16, § 2).

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

après revalorisation selon l'évolution de l'indice INSEE, pour retenir le montant le plus favorable, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile.

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

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

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

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

6° ALORS subsidiairement QUE le salaire est déterminé par la commune intention des parties ; qu'en décidant que le salaire de référence devait être déterminé en retranchant du montant des commissions un forfait de 30 % au titre des frais professionnels en relevant que le contrat de travail prévoit que les commissions englobent les frais que l'intéressé est susceptible d'engager pour les besoins de sa fonction sans constater que le salarié avait consenti à un abattement de 30% sur le montant des commissions sans plafonnement, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 5 de l'accord national interprofessionnel des voyageurs, représentants, placiers du 3 octobre 1975, de l'article 1221-1 du code du travail et de l'article 1134 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

7° ALORS QUE l'engagement unilatéral de l'employeur a force obligatoire ; qu'en décidant que le PSE annulé ne peut plus recevoir d'application en tant qu'engagement unilatéral de l'employeur faute de cause et qu'il n'y a plus lieu de faire application de la majoration de 50% dont a bénéficié le salarié âgé de plus de 58 ans, le PSE ayant été annulé en raison de l'invalidation de l'accord collectif qui le prévoyait, alors que dans le débat contradictoire des parties, l'employeur avait clairement exprimé sa volonté d'appliquer cette majoration pour les salariés âgés de 58 ans et plus après l'annulation du

PSE, ce qui constituait la cause de son engagement, la cour d'appel a violé les articles 1131 et 1134 du code civil dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

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 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 ; qu'en l'espèce, M. [Y] a bénéficié d'un préavis de trois mois et d'un congé de reclassement de 15 mois ; qu'il a donc droit au maintien de sa rémunération pour l'ensemble de cette période ; que le salaire moyen de M. [Y], pour les raisons ci-dessus exposées a été fixé à la somme de 3 072,09 euros, somme plus favorable que celle résultant de la moyenne des salaires perçus au cours des trois ou des 12 derniers mois travaillés ; qu'il résulte des pièces produites que M. [Y] a perçu : pour la période du congé de reclassement correspondant au préavis, soit de mai à juillet 2014 inclus, la somme de 16 925 euros déduction faites des frais professionnels (soit 1 285,91 euros représentant 30% des 4 286,37 euros de commissions perçues) ; le maintien de sa rémunération aurait limité cette somme à 9 216,27 euros ; pour la partie excédant le préavis (12 mois), soit d'août 2014 au 16 août 2015, la somme de 42 108, 59 euros déduction faites des 3 388,70 euros de frais professionnels (30% des 11 295,66 euros de commissions) ; le maintien de sa rémunération aurait limité cette somme à 36 865,08 euros ; que M. [Y] a perçu en outre la somme de 7 224,77 euros nets au titre de la régularisation des indemnités journalières (maintien du salaire durant un arrêt de travail déduction faite de la CSG et CRDS) ; qu'il convient donc de constater que M. [Y] n'a subi aucune diminution de rémunération au cours de la période du congé de reclassement ; qu'il sera dès lors débouté de sa demande de rappel de salaire ;

ET AUX MOTIFS énoncés au troisième moyen

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

2° ALORS QUE la réparation doit être intégrale et replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence du fait dommageable ; que si le salarié avait travaillé, il aurait perçu dans son intégralité le montant des commissions générées ; qu'en retenant pour déterminer le salaire auquel le salarié aurait pu prétendre s'il avait effectivement travaillé durant la période de congé de reclassement, le salaire plus favorable fixé par l'employeur à l'issue d'une comparaison avec le salaire de référence déterminé pour le calcul de l'indemnité conventionnelle de licenciement et, partant, déterminé après un abattement de 30% au titre des frais professionnels, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Moyen produit au pourvoi n° C 18-26.731 par la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat aux Conseils, pour Mme [T].

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR déclaré irrecevables comme prescrites l'action de la salariée 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 qui lui a été adressée en recommandé le 5 mai 2014 et dont elle ne conteste pas avoir accusé réception le 25 mai suivant, ce que confirme le courrier qu'elle a adressé à l'employeur aux fins de lui retourner le coupon réponse d'adhésion au congé de reclassement joint à la lettre de licenciement ; qu'elle 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 ainsi que ses demandes d'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 convention collective des VRP s'applique à la relation de travail et d'AVOIR débouté la salariée 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 d'AVOIR fixé le salaire moyen à un montant inférieur à celui sollicité par la salariée et d'AVOIR débouté la salariée 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 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, 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 ; que par contre la lecture des bulletins de salaire émis au cours de la période de référence, non contestés des parties, enseigne que Mme [T] a perçu, au cours des mois de février et mars 2014, une indemnité liée à la recherche de reclassement interne ; que cette indemnité, prévue par un PSE ultérieurement annulé, a été octroyée en sus de sa rémunération habituelle, qu'elle a continué de percevoir pour un montant au moins égal aux périodes précédentes ; que le caractère indemnitaire de ces deux mensualités, non liées à la contrepartie d'un travail effectif ou considéré comme tel, les empêche d'être retenues dans l'assiette des rémunérations ; qu'il sera donc déduit de celle-ci la somme de 7 351,84 euros ; qu'au contraire, la somme versée à Mme [T] au mois d'avril s'est substituée à son salaire habituel, qui n'a plus été versé, et sera donc incluse dans l'assiette de calcul en tant qu'élément de salaire ; qu'aux termes de l'article 13 de la convention collective applicable, l'indemnité conventionnelle de rupture est calculée sur la base de la rémunération moyenne mensuelle des 12 derniers mois après déduction des frais professionnels évalués forfaitairement à 30% si le VRP ne percevait aucun remboursement de frais ou sans tenir compte de ces remboursements dans le cas contraire ; que le contrat de travail [du salarié] prévoit, en son article 5, que les commissions englobent les frais que l'intéressé est susceptible d'engager pour les besoins de sa fonction ; que la cour constate que [le salarié] n'en a jamais critiqué la légitimité au cours de la relation de travail et relève que, contrairement à ses allégations que la société a mis en oeuvre cette déduction sur la base d'un accord collectif signé à l'unanimité par toutes les organisations syndicales représentatives, le 27 novembre 2003 ; que cet accord prévoit ainsi à l'article 1 : "Les parties décident par le présent accord de maintenir l'abattement forfaitaire spécifique de l'assiette des cotisations sociales pour frais professionnels (30% limité à 7600 €) pour chaque VRP de Pages jaunes" ; que dès lors, il y a lieu de calculer le montant de l'indemnité

conventionnelle de rupture en procédant à l'abattement prévu à la convention collective d'autant plus que la société justifie avoir procédé à cet abattement jusqu'au plafond de 7 600 euros et, lorsqu'il a été atteint, avoir procédé à une régularisation et assujetti, pour les mois suivants, l'intégralité de la rémunération perçue à la cotisation assurance chômage ; que la rémunération perçue par Mme [T] sur la période de référence, incluant l'indemnisation du congé de reclassement, l'indemnisation forfaitaire des frais professionnels (30% des 45 954 euros de commissions soit 13 786,20 euros) et le remboursement de frais divers (508,10 euros) s'est élevée à la somme de 62 637,36 euros ; une fois ces frais et le montant de l'indemnité retranchés, sa rémunération annuelle brute s'est élevée à la somme de 40 403,12 euros, soit 3 366,92 euros ; que pour autant, la cour étant tenue par les prétentions des parties et la Société ayant entendu retenir la somme de 3 611,43 euros, c'est ce montant, plus favorable pour la salariée, qui sera considéré comme le salaire moyen de référence 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 17 novembre 2003 et le contrat de travail ayant pris fin le 24 mai 2015 à la fin du congé de reclassement, [le salarié] justifiait d'une ancienneté de 11 ans, cinq mois et 18 jours ; que la cour constate que Mme [T], 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 : 1 625,14 euros ; pour la période d'ancienneté entre 3 et 10 ans : 5 056 euros ; pour la période d'ancienneté au-delà de 10 ans : 1 324,18 euros (902,85 euros + 376,19 euros + 45,14 euros), soit la somme de 8 005,31 euros ; que la société Pages Jaunes lui a versé la somme de 8 929 euros de sorte que Mme [T] a été remplie de ses droits, la cour constatant que la Société ne sollicite pas le remboursement de la différence.

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

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

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

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

procédure civile.

5° ALORS subsidiairement QU'est incluse dans le salaire de référence permettant le calcul de l'indemnité de licenciement, d'une part les commissions perçues ou à percevoir relatives à des affaires conclues pendant la période de référence, d'autre part toute somme versée en remplacement ou complément du salaire perçu par le salarié ; que pour le salarié rémunéré à la commission sur le chiffre d'affaires, l'indemnité versée par l'employeur durant une période de dispense d'activité, même rémunérée, intervenue durant la période de référence, doit être incluse dans le salaire de référence en ce qu'elle représente la part des commissions que le salarié a été empêché de générer pendant la dispense d'activité ; qu'en décidant, pour la salariée rémunérée à la commission sur le chiffre d'affaires, que l'indemnité liée à la recherche de reclassement interne perçue au cours des mois de février et mars 2014 devait être exclue de l'assiette de calcul au motif que cette indemnité a été ajoutée à la rémunération habituelle et n'est pas la contrepartie d'un travail effectif ou assimilé comme tel, quand elle venait en remplacement des commissions que la salariée avait été empêchée de générer par l'absence d'activité, la cour d'appel a violé l'article 2 du titre VII de la convention d'entreprise du 1er janvier 2004, l'article 13 de l'accord national interprofessionnel des voyageurs, représentants, placiers du 3 octobre 1975 et l'article R 1234-4 du code du travail.

6° ALORS subsidiairement QUE le salaire est déterminé par la commune intention des parties ; qu'en décidant que le salaire de référence devait être déterminé en retranchant du montant des commissions un forfait de 30 % au titre des frais professionnels en relevant que le contrat de travail prévoit que les commissions englobent les frais que l'intéressée est susceptible d'engager pour les besoins de sa fonction sans constater que la salariée 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 fixé le salaire moyen à un montant inférieur à celui sollicité par la salariée, et d'AVOIR débouté la salariée 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 ; qu'en l'espèce, Mme [T] a bénéficié d'un préavis de trois mois et d'un congé de reclassement de 12 mois ; qu'elle a donc droit au maintien de son salaire pour l'ensemble de cette période ; que le salaire moyen de Mme [T] doit être fixé, pour les raisons évoquées ci-dessus, à la somme de 3 611,43 euros, somme plus favorable que la moyenne des salaires perçus au cours des trois ou des 12 derniers mois ; qu'il résulte des pièces produites que Mme [T] a perçu : pour la période du congé de reclassement correspondant au préavis, soit du mai à juillet 2014, la somme de 17 696,36 euros déduction faite des 672,59 euros de frais professionnels (30% des 2 241,97 euros de commissions) ; pour la partie excédant le préavis, soit d'août 2014 à mai 2015, la somme de 31 998,79 euros déduction faite des 728,99 euros de frais professionnels (30% des 2 429,28 euros commissions) ; que pour la période du préavis, le maintien de son salaire aurait limité son revenu à la

somme de 10 834,29 euros tandis que pour la période excédant le préavis, elle aurait dû percevoir la somme totale de 35 392,01 euros. Mme [T] n'a donc subi aucune diminution de salaire sur l'ensemble de la durée de son congé de reclassement ;

Et AUX MOTIFS énoncés au troisième moyen

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

2° ALORS QUE la réparation doit être intégrale et replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence du fait dommageable ; que si le salarié avait travaillé, il aurait perçu dans son intégralité le montant des commissions générées ; qu'en retenant pour déterminer le salaire auquel la salariée aurait pu prétendre si elle avait effectivement travaillé durant la période de congé de reclassement, le salaire plus favorable fixé par l'employeur à l'issue d'une comparaison avec le salaire de référence déterminé pour le calcul de l'indemnité conventionnelle de licenciement et, partant, déterminé après un abattement de 30% au titre des frais professionnels, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Moyen produit au pourvoi n° E 18-26.733 par la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat aux Conseils, pour M. [P].

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 avril 2014 et dont il a accusé réception le 9 mai suivant comme en atteste le courrier qu'il a adressé à son employeur afin de lui retourner le coupon réponse d'adhésion au congé de reclassement joint à la lettre de licenciement ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale le 8 décembre 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 demandes indemnitaires qu'il a formées 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 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 1^{er} 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 fixé le salaire moyen à un montant inférieur à celui sollicité par le salarié et

d'AVOIR 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 17 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

; que par contre la lecture des bulletins de salaire émis au cours de la période de référence, non contestés des parties, enseigne que M. [P] a perçu, au cours des mois de mars et d'avril 2014, une indemnité liée à la recherche de reclassement interne ; que cette indemnité, prévue par un PSE ultérieurement annulé, a été octroyée en sus de sa rémunération habituelle, dont le montant est 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'enfin, l'avance sur salaire reçue par M. [P] sera intégrée à la rémunération puisque se rapportant à la période 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 rémunération perçue par M. [P] sur la période de référence, incluant l'indemnisation forfaitaire de ses frais professionnels, s'est élevée à la somme de 76 507,36 euros ; une fois ces frais retranchés (30% des 69 293,34 euros de commissions et 160 euros de remboursement divers), sa rémunération annuelle brute s'est élevée à la somme de 55 559,36 euros, soit 4 629,94 euros par mois ; que pour autant, la cour étant tenue par les prétentions des parties et la Société ayant souhaiter fixer le salaire moyen à la somme de 5 301,61 euros, c'est ce montant qui sera retenu comme étant plus favorable pour le salarié ; qu'enfin, s'agissant de l'ancienneté à retenir, à défaut de stipulations conventionnelles dérogatoires, il convient de faire application de l'article L. 1233-72 alinéa 2 du code du travail qui dispose : "Lorsque la durée du congé de reclassement excède la durée du préavis, le terme de ce dernier est reporté jusqu'à la fin du congé de reclassement, de sorte que, embauché le 29 août 1988 et le contrat de travail ayant pris fin le 16 août 2015 à la fin du congé de reclassement, [le salarié] justifiait d'une ancienneté de 26 ans, 11 mois et 18 jours ; que la cour constate, que M. [P], 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, celle-ci doit être calculée, en retenant un salaire de 5 301,61 euros, de la manière suivante : pour la période d'ancienneté entre 0 et 3 ans (0,15) : 2 385,72 euros ; pour la période d'ancienneté entre 3 et 10 ans (0,20) : 7 422,25 euros ; pour la période d'ancienneté entre 10 et 15 ans (0,25) : 6 627,01 euros ; pour la période au-delà des 15 ans, soit 11 ans, 11 mois et 18 jours (0,30) : 17 495,31 euros + 1 457,94 euros + 79,52 = 19 032,77 euros soit la somme totale de 35 467,75 euros ; que la société Pages Jaunes lui a versé la somme de 58 271 euros de sorte que M. [P] a été rempli de ses droits, la cour constatant que la Société ne sollicite pas le remboursement de la différence (22 803,25 euros) ; [] que 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.

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

2° ALORS QUE le juge doit analyser et s'expliquer sur les éléments de preuve qu'il retient ; qu'en se bornant à énoncer que les pièces produites aux débats permettent de retenir les dispositions de la convention collective des VRP comme étant celles les plus favorables, sans s'expliquer sur la moyenne mensuelle de la meilleure des cinq années civiles

précédant le départ, sous déduction des frais professionnels, après revalorisation selon l'évolution de l'indice INSEE alors que n'était pas produit aux débats les bulletins de salaire sur les cinq années civiles précédant le licenciement, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

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

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

5° ALORS subsidiairement QU' est incluse dans le salaire de référence permettant le calcul de l'indemnité de licenciement, d'une part les commissions perçues ou à percevoir relatives à des affaires conclus pendant la période de référence, d'autre part toute somme versée en remplacement ou complément du salaire perçu par le salarié ; que pour le salarié rémunéré à la commission sur le chiffre d'affaires, l'indemnité versée par l'employeur durant une période de dispense d'activité, même rémunérée, intervenue durant la période de référence, doit être incluse dans le salaire de référence en ce qu'elle représente la part des commissions que le salarié a été empêché de générer pendant la dispense d'activité ; qu'en décidant, pour le salarié rémunéré à la commission sur le chiffre d'affaires, que l'indemnité liée à la recherche de reclassement interne perçue au cours des mois de mars et d'avril 2014 devait être exclue de l'assiette de calcul au motif que cette indemnité a été ajoutée à la rémunération habituelle et n'est pas la contrepartie d'un travail effectif ou assimilé comme tel, quand elle venait en remplacement des commissions que le salarié avait été empêché de générer par l'absence d'activité, la cour d'appel a violé l'article 2 du titre VII de la convention d'entreprise du 1er janvier 2004, l'article 13 de l'accord national interprofessionnel des voyageurs, représentants, placiers du 3 octobre 1975 et l'article R 1234-4 du code du travail.

6° ALORS subsidiairement QUE le salaire est déterminé par la commune intention des parties ; qu'en décidant que le salaire de référence devait être déterminé en retranchant du montant des commissions un forfait de 30 % au titre des frais professionnels en relevant que le contrat de travail prévoit que les commissions englobent les frais que l'intéressé est susceptible d'engager pour les besoins de sa fonction sans constater que le salarié avait consenti à un abattement de 30% sur le montant des commissions sans plafonnement, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 5 de l'accord national interprofessionnel des voyageurs, représentants, placiers du 3 octobre 1975, de l'article 1221-1 du code du travail et de l'article 1134 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

7° ALORS QUE l'engagement unilatéral de l'employeur a force obligatoire ; qu'en énonçant que le PSE annulé ne peut plus recevoir d'application en tant qu'engagement unilatéral de l'employeur faute de cause et en ne faisant pas application de la majoration de 50% pour les salariés éligibles au régime de retraite carrière longue prévue dans le PSE dont l'employeur faisait une application volontaire après l'annulation dudit plan, ce qui constituait la cause de son engagement, la cour d'appel a violé les articles 1131 et 1134 du code civil dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

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 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 ; qu'en l'espèce, M. [P] a bénéficié d'un préavis de trois mois et d'un congé de reclassement de 15 mois ; qu'il a donc droit au maintien de son salaire pour l'ensemble de cette période ; que le salaire moyen de M. [P] doit être fixé, pour les raisons évoquées ci-dessus à la somme de 5 301,61 euros, somme plus favorable pour le salarié que celle résultant de la moyenne des trois (3 813,08 euros) ou des 12 derniers mois (4 629,94 euros) travaillés ; qu'il résulte des pièces produites que M. [P] a perçu : pour la période du congé de reclassement correspondant au préavis, soit de mai à juillet 2014, la somme de 29 898,45 euros bruts, déduction faite des frais professionnels pour un montant de 2 641,03 euros ; le maintien de sa rémunération limitait ce montant à la somme de 15 904,83 euros ; pour la partie excédant le préavis, soit d'août 2014 au 16 août 2015, la somme de 93 290,55 euros bruts, déduction faite des frais professionnels pour un montant de 2 947,80 euros ; le maintien de sa rémunération aurait dû lui permettre de percevoir 66 446,84 euros ; qu'il en résulte que M. [P] n'a subi aucune diminution de salaire pendant la durée de son congé de reclassement et il sera donc débouté de sa demande de ce chef.

ET AUX MOTIFS énoncés au troisième moyen

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

2° ALORS QUE la réparation doit être intégrale et replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence du fait dommageable ; que si le salarié avait travaillé, il aurait perçu dans son intégralité le montant des commissions générées ; qu'en retenant pour déterminer le salaire auquel le salarié aurait pu prétendre s'il avait effectivement travaillé durant la période de congé de reclassement, le salaire plus favorable fixé par l'employeur à l'issue d'une comparaison avec le salaire de référence déterminé pour le calcul de l'indemnité conventionnelle de licenciement et, partant, déterminé après un abattement forfaitaire de 30% au titre des frais professionnels 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. Moyen produit au pourvoi n° F 18-26.734 par la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat aux Conseils, pour M. [G].

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 26 août 2014 et dont il a reçu notification le 9 septembre suivant, comme en atteste le courrier qu'il a adressé en réponse à son employeur accompagné du coupon d'adhésion au congé de reclassement qui était joint à la lettre de licenciement ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale le 8 avril 2016, 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 les demandes indemnitaires 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 la convention collective des VRP s'applique à la relation de travail 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 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 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 août 2013 et se terminant le 31 juillet 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 ; que la cour constate que malgré les critiques formulées par [le salarié] s'agissant des éléments de salaire à prendre ou non en compte, aucun élément ne permet de considérer qu'une partie des commissions dues [au salarié] n'aurait pas été prise en compte ; 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 7, 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. [G] qui affirme ne pas avoir été rempli de ses droits et que la Société resterait lui devoir la somme de 32 013,76 euros, n'a produit aucun bulletin de salaire, notamment ceux de la période de février à août 2014 ; qu'il ne met donc pas la cour en mesure de comparer l'indemnité qu'il a perçue avec celle qu'il aurait dû, selon lui, percevoir comparaison qui nécessite de calculer un salaire de référence en connaissant la moyenne des salaires des trois et 12 derniers mois ; 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 17 juin 1991 et le contrat de travail ayant pris fin le 12 décembre 2015 à la fin du congé de reclassement, [le salarié] justifiait d'une ancienneté de 24 ans, cinq mois et 25 jours ; que la cour constate que M. [G], qui revendiquait l'application de la convention collective de la publicité, n'a fait aucune observation sur les modalités de calcul de l'indemnité de licenciement au 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) : 1 631,98 euros ; pour la période d'ancienneté entre 3 et 10 ans (0,20) : 5 0729 euros ; pour la période d'ancienneté entre 10 et 15 ans (0,25) : 4 533,30 euros pour la période au-delà de 15 ans soit 9 ans, 5 mois et 25 jours (0,30) : (9 791,92 euros + 453,33 euros + 75,55 euros) = 10 320,80 euros soit la somme de 21 563,37 euros ; que le PSE ayant été annulé, il

n'y a donc plus lieu de faire application de la majoration de 50% qui avait été appliquée en faveur de certaines catégories de salariés ; que la société Pages Jaunes a versé à M. [G] la somme de 36 709,40 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 (15 146,02 euros) ; [] que 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.

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

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

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

4° ALORS QUE 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 décembre 2015 ; qu'en opposant au salarié qu'il n'a pas produit aucun bulletin de salaire et notamment ceux de la période de février à août 2014 pour dire qu'elle n'était pas en mesure de comparer l'indemnité perçue avec celle qu'il aurait dû percevoir ce qui nécessitait de calculer un salaire de référence en connaissant la moyenne des trois et 12 derniers mois sans s'expliquer sur la communication des pièces de l'employeur, 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.

5° 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 selon ces textes et notamment de la déduction forfaitaire des frais professionnels, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile.

6° ALORS subsidiairement QUE le salaire est déterminé par la commune intention des parties ; qu'en décidant que le salaire de référence devait être déterminé en retranchant du montant des commissions un forfait de 30 % au titre des frais professionnels en relevant que le contrat de travail prévoit que les commissions englobent les frais que l'intéressé est susceptible d'engager pour les besoins de sa fonction sans constater que le salarié avait consenti à un abattement de 30% sur le montant des commissions sans plafonnement, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 5 de l'accord national interprofessionnel des voyageurs, représentants, placiers du 3 octobre 1975, de l'article 1221-1 du code du travail et de l'article 1134 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-

131 du 10 février 2016.

7° ALORS QUE l'engagement unilatéral de l'employeur a force obligatoire ; qu'en décidant que le PSE annulé ne peut plus recevoir d'application en tant qu'engagement unilatéral de l'employeur faute de cause et qu'il n'y a plus lieu de faire application de la majoration de 50% appliquée à certaines catégories de salariés, le PSE ayant été annulé en raison de l'invalidation de l'accord collectif qui le prévoyait, alors que dans le débat contradictoire des parties, l'employeur avait clairement exprimé sa volonté d'appliquer cette majoration pour les salariés âgés de 58 ans et plus après l'annulation du PSE, ce qui constituait la cause de son engagement, la cour d'appel a violé les articles 1131 et 1134 du code civil dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

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, 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. [G] a bénéficié d'un préavis de trois mois et d'un congé de reclassement d'une durée de 12 mois ; qu'il a donc droit au maintien de sa rémunération pour l'ensemble de cette période ; que la cour doit rappeler que M. [G], qui réclame la somme de 34 576,05 euros à ce titre, n'a pas versé ses bulletins de salaire, notamment ceux postérieurs à février 2014, de sorte que ni sa rémunération annuelle, ni sa rémunération moyenne des trois derniers mois précédant le licenciement ne peuvent être calculées ; que la cour n'est donc pas en mesure de comparer la rémunération qu'il a perçue avec celle qu'il aurait dû percevoir au regard d'un salaire de référence représentant la moyenne la plus favorable entre les rémunérations perçues au cours des trois derniers mois et celle perçue au cours des 12 derniers mois précédant le licenciement. ; qu'au regard des bulletins de salaire versés aux débats par la société Pages Jaunes la cour peut constater que de mars 2013 à février 2014 (dernier mois de travail effectif), il a perçu la somme de 50 093,33 euros comprenant 13 171,56 euros de frais professionnels (30% des 43 903,90 euros de commissions) et 392,60 euros de remboursement de frais divers ; sa rémunération brute annuelle s'élevait donc à 36 729,56 euros, soit 3 060,79 euros par mois ; que de décembre 2013 à février 2014, il a perçu la somme de 11 662,89 euros constituée exclusivement de commissions, de sorte que, après déduction des frais professionnels, d'un montant de 3 498,86 euros, sa rémunération brute s'élevait à la somme de 8 164,02 euros, soit 2 721,34 euros par mois ; que la Société a entendu voir fixer le salaire de référence à la somme de 3 626,64 euros, montant d'ailleurs plus favorable que ceux découlant des calculs ci-dessus exposés, et la cour, tenue par les prétentions des parties, retiendra donc la somme ainsi proposée ; qu'il résulte des pièces produites aux débats, avec la précision que le bulletin de salaire du mois de novembre 2014 n'a pas été produit, que M. [G] a perçu : pour la période du congé de reclassement correspondant à la durée du préavis, du 27 août au 27 novembre 2014, la somme de 11 905,62 euros bruts ; pour la partie excédant le préavis, du 27 novembre 2014 au 12 décembre 2015, la somme de 39 697,85 euros ; que pour la période du préavis, le maintien de son salaire aurait limité le montant de sa rémunération à la somme de 10 879,92 euros (soit un trop perçu de 1 025,70 euros) alors que pour la période postérieure, il aurait dû percevoir la somme de 41 731,99 euros ; qu'il résulte de ce qui précède que la société Pages Jaunes reste devoir à M. [G] la somme de 1 008,44 euros à laquelle doit s'ajouter la somme de 100,84 euros de

congés payés s'agissant de créances salariales ; qu'en tant que telles, ces sommes seront soumises à cotisations sociales et produiront intérêts au taux légal à compter de la date de réception par l'employeur de sa convocation devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes ;

ET AUX MOTIFS énoncés au troisième moyen

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

2° ALORS QUE 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 décembre 2015 ; qu'en opposant au salarié qu'il n'a pas produit ses bulletins de salaire et notamment ceux postérieurs à février 2014 pour dire qu'elle n'était pas en mesure de comparer la rémunération perçue avec celle qu'il aurait dû percevoir au regard d'un salaire de référence calculé sur la moyenne des trois ou 12 derniers mois sans s'expliquer sur la communication des pièces de l'employeur, 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.

3° ALORS subsidiairement QUE la réparation doit être intégrale et replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence du fait dommageable ; que si le salarié avait travaillé, il aurait perçu dans son intégralité le montant des commissions générées ; qu'en retenant, pour déterminer le salaire auquel le salarié aurait pu prétendre s'il avait effectivement travaillé durant la période de congé de reclassement, le salaire plus favorable fixé par l'employeur à l'issue d'une comparaison avec le salaire déterminé après un abattement de 30% au titre des frais professionnels 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. Moyen produit au pourvoi n° H 18-26.735 par la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat aux Conseils, pour M. [A].

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 avril 2014 et dont il a eu connaissance le 9 mai suivant, comme en atteste le courrier qu'il a adressé à son employeur pour lui retourner le coupon réponse d'adhésion au congé de reclassement joint à la lettre de licenciement ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale le 8 décembre 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 celles tendant 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 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 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 ; que contre, la lecture des bulletins de salaire émis au cours de la période de référence, non contestés des parties, enseigne que M. [A] a perçu, au cours du mois de mars 2014, une indemnité liée à la recherche de reclassement interne ; que cette indemnité, prévue par un PSE ultérieurement annulé, a été octroyée en sus de sa rémunération habituelle, dont le montant est 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 de la convention collective applicable, l'indemnité conventionnelle de rupture est calculée sur la base de la rémunération moyenne mensuelle des 12 derniers mois après déduction des frais professionnels évalués forfaitairement à 30% si le VRP ne percevait aucun remboursement de frais ou sans tenir compte de ces remboursements dans le cas contraire ; que le contrat de travail [du salarié] prévoit, en son article 5, que les commissions englobent les frais que l'intéressé est susceptible d'engager pour les besoins de sa fonction ; que la cour constate que [le salarié] n'en a jamais critiqué la légitimité au cours de la relation de travail et relève que, contrairement à ses allégations que la société a mis en oeuvre cette déduction sur la base d'un accord collectif signé à l'unanimité par toutes les organisations syndicales représentatives, le 27 novembre 2003 ; que cet accord prévoit ainsi à l'article 1 : "Les parties décident par le présent accord de maintenir l'abattement forfaitaire spécifique de l'assiette des cotisations sociales pour frais professionnels (30% limité à 7600 €) pour chaque VRP de Pages jaunes" ; que dès lors, il y a lieu de calculer le montant de l'indemnité conventionnelle de rupture en procédant à l'abattement prévu à la convention collective d'autant plus que la société justifie avoir procédé à cet abattement jusqu'au plafond de 7 600 euros et, lorsqu'il a été atteint, avoir procédé à une régularisation et assujetti, pour les mois suivants, l'intégralité de la rémunération perçue à la cotisation assurance chômage ; que la rémunération perçue par M. [A] sur la période de référence, incluant l'indemnisation forfaitaire de ses frais professionnels, s'est élevée à la somme de 50 367,30 euros ; une fois ces frais retranchés (soit 30% des 40 614,74 euros de commissions et 320 euros de frais divers), sa rémunération annuelle brute s'est élevée à la somme de 37 862,86 euros représentant 3 155,24 euros par mois ; que pour autant, la cour étant tenue par les prétentions des parties, la Société ayant souhaité retenir un salaire moyen de 3 872,72 euros, c'est ce montant, plus favorable pour le salarié, qui sera retenu ; 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 11 septembre 1989 et le contrat de travail ayant pris fin le 17 août 2015 à la fin du congé de reclassement, M. [A] justifiait d'une ancienneté de 25 ans, huit mois et six jours ; que s'il est évoqué une période d'arrêt de travail, les parties n'en justifient pas et n'en précisent pas même sa durée de sorte qu'elle ne peut être déduite de la durée de présence effective du salarié dans l'entreprise ; que la cour constate que M. [A], 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'au regard de ce qui précède, celle-ci doit être calculée de la manière suivante : pour la période d'ancienneté entre 0 et 3 ans (0,15) : 1 742,72 euros ; pour la période d'ancienneté entre 3 et 10 ans (0,20) : 5 421,80 euros ; pour la période d'ancienneté entre 10 et 15 ans (0,25) : 4 840,90 euros ; pour la période au-delà de 15 ans, soit 10 ans, huit mois et 6 jours (0,30) : (11 618,16 euros + 774,54 euros + 17,87 euros) = 12 410,57 euros, soit la somme totale de 24 415,99 euros ; que le PSE ayant été annulé en raison de l'invalidation de l'accord collectif qui le prévoyait, il n'y a plus lieu de faire application de la majoration de 50% qui était appliquée en faveur des salariés âgés de plus de 58 ans ; que la société Pages Jaunes a versé à M. [A] la somme de 40 368,56 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 (15 952,57 euros) ; que le jugement entrepris doit être infirmé en ce sens ; [] que 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.

1° ALORS QUE le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ; qu'en l'espèce, le débat contradictoire des parties a porté sur la détermination de l'indemnité conventionnelle de

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

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

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

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

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

6° ALORS subsidiairement QUE le salaire est déterminé par la commune intention des parties ; qu'en décidant que le salaire de référence devait être déterminé en retranchant du montant des commissions un forfait de 30 % au titre des frais professionnels en relevant que le contrat de travail prévoit que les commissions englobent les frais que l'intéressé est susceptible d'engager pour les besoins de sa fonction sans constater que le salarié avait consenti à un abattement de 30% sur le montant des commissions sans plafonnement, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 5 de l'accord national interprofessionnel des voyageurs, représentants, placiers du 3 octobre 1975, de l'article 1221-1 du code du travail et de l'article 1134 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

7° ALORS QUE l'engagement unilatéral de l'employeur a force obligatoire ; qu'en décidant que le PSE annulé ne peut plus recevoir d'application en tant qu'engagement unilatéral de l'employeur faute de cause et qu'il n'y a plus lieu de faire application de la majoration de 50% dont a bénéficié le salarié âgé de 58 ans au moment du licenciement, le PSE ayant été annulé en raison de l'invalidation de l'accord collectif qui le prévoyait, alors que dans le débat contradictoire des parties, l'employeur avait clairement exprimé sa volonté d'appliquer cette majoration pour les salariés âgés de 58 ans et plus après l'annulation du PSE, ce qui constituait la cause de son engagement, la cour d'appel a violé les articles 1131 et 1134 du code civil dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

8° ALORS subsidiairement QUE la cour d'appel a constaté que le salarié a été embauché le 11 septembre 1989 et que le contrat a pris fin le 17 août 2015, ce qui portait l'ancienneté à 25 ans, onze mois et six jours ; qu'en retenant que le salarié justifiait d'une ancienneté de 25 ans, huit mois et six 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 à l'arrêt attaqué d'AVOIR fixé le salaire moyen à un montant inférieur à celui sollicité par le salarié, d'AVOIR limité la somme allouée 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. [A] a bénéficié d'un préavis de trois mois et d'un congé de reclassement d'une durée de 15 mois ; que le salaire moyen de M. [A], pour les raisons précédemment exposées, s'est élevé à la somme de 3 872,72 euros somme plus favorable que celle résultant de la moyenne des trois ou des 12 derniers mois travaillés (respectivement 3 711 euros et 3 155,24 euros) ; qu'il résulte des pièces produites que M. [A] a perçu : pour la période du congé de reclassement correspondant au préavis, soit du 1er mai au 31 juillet 2014, déduction faite des frais professionnels (1 833,39 euros représentant 30% des 6 111,30 euros de commissions), la somme de 16 222,55 euros bruts ; le maintien de sa rémunération aurait limité cette somme à 11 618,16 euros ; pour la partie excédant le préavis, soit d'août 2014 au 17 août 2015, déduction faite des frais professionnels (soit 850,44 euros représentant 30% du montant des commissions) la somme de 42 683,81 euros bruts ; que le maintien de sa rémunération aurait dû lui permettre de percevoir la somme de 48 667,18 euros ; que M. [A] a donc perçu, au cours de son congé de reclassement, la somme totale de 58 906,36 euros alors que le maintien de sa rémunération aurait dû lui permettre de percevoir la somme de 60 285,34 euros ; qu'il sera en conséquence fait droit à sa demande de rappel de salaires mais dans la limite de la somme de 1 378,98 euros augmentée de 137,98 euros de congés payés s'agissant de créances salariales qu'en tant que telles, ces sommes seront soumises à cotisations sociales.

ET AUX MOTIFS énoncés au troisième moyen

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

2° ALORS QUE la réparation doit être intégrale et replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence du fait dommageable ; que si le salarié avait travaillé, il aurait perçu dans son intégralité le montant des commissions générées ; qu'en retenant pour déterminer le salaire auquel le salarié aurait pu prétendre s'il avait effectivement travaillé durant la période de congé de reclassement, le salaire plus favorable fixé par l'employeur à l'issue d'une comparaison avec le salaire de référence déterminé pour le calcul de l'indemnité conventionnelle de licenciement et, partant, déterminé après un abattement de 30% au titre des frais professionnels, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Moyen produit au pourvoi n° K 18-26.738 par la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat aux Conseils, pour Mme [M].

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR déclaré irrecevables comme prescrites l'action de la salariée 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 datée du 6 mai 2014 et dont elle a accusé réception le 14 mai suivant, comme en atteste le courrier qu'elle a adressé à son employeur pour lui retourner le coupon réponse d'adhésion au congé de reclassement qu'il avait joint à la lettre de licenciement ; qu'elle 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 ainsi que ses demandes d'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 la salariée 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 d'AVOIR débouté la salariée 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] ; qu'au regard des dispositions applicables, et contrairement à ce que soutient l'employeur, il doit être retenu, à défaut de dispositions légales ou conventionnelles dérogatoires plus favorables, pour déterminer le salaire de base sur lequel est calculée l'indemnité de licenciement, la période de rémunération correspondant aux 12 mois précédant l'envoi de la lettre de licenciement, en dehors de toute période de suspension du contrat de travail ; que si par lettre du 21 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 ; que par contre, la lecture des bulletins de salaire émis au cours de la période de référence, non contestés des parties, enseigne que Mme [M] a perçu, au cours du mois de mars 2014, une indemnité liée à la recherche de reclassement interne ; que cette indemnité, d'un montant de 5 156,03 euros, prévue par un PSE ultérieurement annulé, a été octroyée en sus de sa rémunération habituelle, dont le niveau est demeuré au moins égal, voire supérieur, aux périodes précédentes ; que son caractère indemnitaire, non lié à la contrepartie d'un travail effectif ou considéré comme tel, l'empêche d'être retenue dans l'assiette des rémunérations ; qu'il en est différemment pour la somme perçue au mois d'avril, qui s'est substituée au salaire qui n'a plus été perçu ; que ce montant sera alors intégré à l'assiette des rémunérations ; qu'aux termes de l'article 13 de la convention collective applicable, l'indemnité conventionnelle de rupture est calculée sur la base de la

rémunération moyenne mensuelle des 12 derniers mois après déduction des frais professionnels évalués forfaitairement à 30% si le VRP ne percevait aucun remboursement de frais ou sans tenir compte de ces remboursements dans le cas contraire ; que le contrat de travail [du salarié] prévoit, en son article 5, que les commissions englobent les frais que l'intéressé est susceptible d'engager pour les besoins de sa fonction ; que la cour constate que [le salarié] n'en a jamais critiqué la légitimité au cours de la relation de travail et relève que, contrairement à ses allégations que la société a mis en oeuvre cette déduction sur la base d'un accord collectif signé à l'unanimité par toutes les organisations syndicales représentatives, le 27 novembre 2003 ; que cet accord prévoit ainsi à l'article 1 : "Les parties décident par le présent accord de maintenir l'abattement forfaitaire spécifique de l'assiette des cotisations sociales pour frais professionnels (30% limité à 7600 €) pour chaque VRP de Pages jaunes" ; que dès lors, il y a lieu de calculer le montant de l'indemnité conventionnelle de rupture en procédant à l'abattement prévu à la convention collective d'autant plus que la société justifie avoir procédé à cet abattement jusqu'au plafond de 7 600 euros et, lorsqu'il a été atteint, avoir procédé à une régularisation et assujetti, pour les mois suivants, l'intégralité de la rémunération perçue à la cotisation assurance chômage ; que la rémunération perçue par Mme [M] sur la période de référence, incluant l'indemnisation forfaitaire des frais professionnels et les remboursements de frais divers, s'est élevée à la somme de 58 290,62 euros ; une fois ces frais retranchés pour respectivement 14 447,24 euros (30% des 48 157,49 euros des commissions) et 246,40 euros, sa rémunération annuelle brute s'est élevée à la somme de 43 596,98 euros, soit 3 633,08 euros par mois ; que pour autant, la cour étant tenue par les prétentions des parties et la Société ayant entendu fixer le salaire moyen à la somme de 3 701,76 euros, c'est ce montant qui sera retenu puisque plus favorable pour la salariée ; 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, embauchée le 5 juillet 1999 et le contrat de travail ayant pris fin le 21 mai 2015 à la fin du congé de reclassement, Mme [M] justifiait d'une ancienneté de 15 ans, 10 mois et 16 jours ; que la cour constate que Mme [M], qui revendiquait l'application de la convention collective de la publicité, n'a fait aucune observation sur les modalités de calcul de l'indemnité de licenciement au regard de la convention collective des VRP ; que néanmoins, pour tenir compte de ce qui précède, l'indemnité doit s'établir de la manière suivante : pour la période d'ancienneté entre 0 et 3 ans (0,15) : 1 665,79 euros ; pour la période d'ancienneté entre 3 et 10 ans (0,20) : 5 182,46 euros ; pour la période d'ancienneté entre 10 et 15 ans (0,25) : 4 627,20 euros ; pour la période au-delà de 15 ans (0,30) soit 10 mois et 16 jours : (925,44 euros + 49,35 euros) = 974,79 euros, soit la somme de 12 450,24 euros ; que la société Pages Jaunes a versé à Mme [M] la somme de 15 240,23 euros de sorte qu'elle a été remplie de ses droits, la cour constatant que la Société ne sollicite pas le remboursement de la différence (2 789,99 euros).

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

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

3° ALORS subsidiairement QU' en retenant que les dispositions de la convention collective des VRP sont les plus favorables sans s'expliquer sur la comparaison entre l'indemnité conventionnelle de rupture calculée selon l'article 13 de l'accord national interprofessionnel des VRP et celle calculée en retenant l'assiette constituée par la moyenne mensuelle de la meilleure des cinq années civiles précédant le départ, sous déduction des frais professionnels et après

revalorisation selon l'évolution de l'indice INSEE, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 2 du titre VII de la convention d'entreprise du 1er janvier 2004 et de l'article L. 7313-17 du code du travail.

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

5° ALORS subsidiairement QU' est incluse dans le salaire de référence permettant le calcul de l'indemnité de licenciement, d'une part les commissions perçues ou à percevoir relatives à des affaires conclus pendant la période de référence, d'autre part toute somme versée en remplacement ou complément du salaire perçu par le salarié ; que pour le salarié rémunéré à la commission sur le chiffre d'affaires, l'indemnité versée par l'employeur durant une période de dispense d'activité, même rémunérée, intervenue durant la période de référence, doit être incluse dans le salaire de référence en ce qu'elle représente la part des commissions que le salarié a été empêché de générer pendant la dispense d'activité ; qu'en décidant, pour la salariée rémunérée à la commission sur le chiffre d'affaires, que l'indemnité liée à la recherche de reclassement interne perçue au cours du mois de mars 2014 devait être exclue de l'assiette de calcul au motif que cette indemnité a été ajoutée à la rémunération habituelle et n'est pas liée à la contrepartie d'un travail effectif ou considéré comme tel, quand elle venait en remplacement des commissions que la salariée avait été empêchée de générer par l'absence d'activité, la cour d'appel a violé l'article 2 du titre VII de la convention d'entreprise du 1er janvier 2004, l'article 13 de l'accord national interprofessionnel des voyageurs, représentants, placiers du 3 octobre 1975 et l'article R 1234-4 du code du travail.

6° ALORS subsidiairement QUE le salaire est déterminé par la commune intention des parties ; qu'en décidant que le salaire de référence devait être déterminé en retranchant du montant des commissions un forfait de 30 % au titre des frais professionnels en relevant que le contrat de travail prévoit que les commissions englobent les frais que l'intéressé est susceptible d'engager pour les besoins de sa fonction sans constater que la salariée 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 fixé le salaire moyen à un montant inférieur à celui sollicité par la salariée, d'AVOIR limité la somme allouée 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 ; [] que Mme [M] a bénéficié d'un préavis de trois mois et d'un congé de reclassement de 12 mois ; qu'elle a donc droit au maintien de son salaire pour l'ensemble de cette période ; que le salaire moyen de Mme [M], tel que calculé selon les modalités précédemment exposées, s'est élevé à la somme de 3 845,07 euros, ce qui correspondant à la moyenne des salaires perçus au cours des trois derniers mois travaillés, déduction faite de l'indemnité du mois de mars 2014, des frais professionnels pour 3 368,77 euros (30% des 11 229,24 euros de commissions) et des frais divers pour 6,40 euros ; que cette somme étant plus favorable que celle résultant de la moyenne des 12 derniers mois (3 721,13 euros), elle doit être retenue comme salaire de référence ; qu'il résulte des pièces produites que Mme [M] a perçu pour la période du congé de reclassement correspondant au préavis, déduction faite des frais professionnels (530,07 euros représentant 30% des 1 766,93 euros commissions), la somme de 17 864,75 euros ; le maintien de sa rémunération aurait limité celle-ci à la somme de 10 106,31 euros ; pour la partie excédant le préavis, soit d'août 2014 au 21 mai 2015, déduction faite des frais professionnels (1 574,13 euros représentant 30% des 5 247,13 euros commissions), la somme de 32 578,57 euros bruts ; le maintien de sa rémunération aurait dû lui permettre de percevoir 42 783,37 euros ; qu'au regard de ce qui précède, la société Pages Jaunes reste devoir à Mme [M] la somme de 2 446,36 euros augmentée de 244,63 euros de congés payés, s'agissant de créances salariales.

ET AUX MOTIFS énoncés au troisième moyen

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

2° ALORS QUE la réparation doit être intégrale et replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence du fait dommageable ; que si le salarié avait travaillé, il aurait perçu dans son intégralité le montant des commissions générées ; qu'en retenant pour déterminer le salaire auquel la salariée aurait pu prétendre si elle avait effectivement travaillé durant la période de congé de reclassement, le salaire moyen des trois derniers mois déterminé après un abattement de 30% au titre des frais professionnels, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Moyen produit au pourvoi n° M 18-26.739 par la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat aux Conseils, pour M. [E].

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 avril 2014 dont il a accusé réception le 5 mai suivant comme en atteste le courrier qu'il a adressé à son employeur afin de lui retourner le coupon, réponse d'adhésion au congé de reclassement ; 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 en conséquence les demandes indemnitaires qu'il a formées 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 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 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 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 en mai 2013 et se terminant en 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 ; que par contre, la lecture des bulletins de salaire émis au cours de la période de référence, non contestés des parties, enseigne que [le salarié] a perçu, au cours des mois de février et mars 2014, une indemnité liée à la recherche de reclassement interne ; que cette indemnité, prévue par un PSE ultérieurement annulé, a été octroyée en sus de sa rémunération habituelle dont le montant est demeuré égal, voire supérieur, aux périodes précédentes ; que son caractère indemnitaire, non lié à la contrepartie d'un travail effectif ou considéré comme tel, l'empêche d'être retenue dans l'assiette des rémunérations ; qu'au contraire la somme versée à M. [E] au mois d'avril s'est substitué à son salaire habituel qui n'a plus été versé et sera considéré comme un élément de salaire ; qu'aux termes de l'article de la convention collective applicable, l'indemnité conventionnelle de rupture est calculée sur la base de la rémunération moyenne mensuelle des 12 derniers mois après déduction des frais professionnels évalués forfaitairement à 30% si le VRP ne percevait aucun remboursement de frais ou sans tenir compte de ces remboursements dans le cas contraire ; que le contrat de travail [du salarié] prévoit, en son article 5, que les commissions englobent les frais que l'intéressé est susceptible d'engager pour les besoins de sa fonction ; que la cour constate que [le salarié] n'en a jamais critiqué la légitimité au cours de la relation de travail et relève que, contrairement à ses allégations que la société a mis en oeuvre cette déduction sur la base d'un accord collectif signé à l'unanimité par toutes les organisations syndicales représentatives, le 27 novembre 2003 ; que cet accord prévoit ainsi à l'article 1 : "Les parties décident par le présent accord de maintenir l'abattement forfaitaire spécifique de l'assiette des cotisations sociales pour frais professionnels (30% limité à 7600 €) pour chaque VRP de Pages jaunes" ; que dès lors, il y a lieu de calculer le montant de l'indemnité conventionnelle de rupture en procédant à l'abattement prévu à la convention collective d'autant plus que la société justifie avoir procédé à cet abattement jusqu'au plafond de 7 600 euros et, lorsqu'il a été atteint, avoir procédé à une régularisation et assujetti, pour les mois suivants, l'intégralité de la rémunération perçue à la cotisation assurance chômage ; que la rémunération perçue par M. [E] sur la période de référence, incluant l'indemnité pour recherche de poste de reclassement, l'indemnisation forfaitaire des frais professionnels et le remboursement de frais divers, s'est élevée à la somme de 37 598,58 euros ; une fois ces frais retranchés, pour respectivement 3 299,16 euros, 8 630,74 euros (30% des 28 769,14 euros de commissions perçues) et 337,80 euros, sa rémunération annuelle brute hors frais s'est élevée à la somme de 25 330,88 euros, soit 2 110,90 euros par mois ; que pour autant, la cour étant tenue par les prétentions des parties et la Société ayant souhaité retenir un salaire moyen de 2 368,63 euros, c'est cette somme, plus favorable pour le salarié, qui sera retenue ; qu'enfin, s'agissant de l'ancienneté à retenir, à défaut de stipulations conventionnelles dérogatoires, il convient de faire application de l'article L. 1233-72 alinéa 2 du code du travail qui dispose : "Lorsque la durée du congé de reclassement excède la durée du préavis, le terme de ce dernier est reporté jusqu'à la fin du congé de reclassement, de sorte que, embauché le 15 janvier 2007 et le contrat de travail ayant pris fin le 14 mai 2015 à la fin du congé de reclassement, [le salarié] justifiait d'une ancienneté de 8 ans, quatre mois ; que la cour 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 visa de la convention collective des VRP ; qu'au regard de ce qui précède, l'indemnité de licenciement doit être calculée de la manière suivante : pour la période d'ancienneté entre 0 et 3 ans (0,15) : 1 065,88 euros ; pour la période d'ancienneté entre 3 et 10 ans, soit 5 ans et 4 mois (0,20) : (2 368,63 euros + 157,90 euros) = 2 526,53 euros ; soit la somme totale de 3 592,41 euros ; que la société Pages Jaunes lui a versé la somme de 5 800 euros de sorte que M. [E] a été rempli de ses droits, la cour constatant que la Société ne sollicite pas le remboursement de la différence.

1° ALORS QUE le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ; qu'en l'espèce, le débat contradictoire des parties a porté sur la détermination de l'indemnité conventionnelle de

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

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

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

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

5° ALORS subsidiairement QU'est incluse dans le salaire de référence permettant le calcul de l'indemnité de licenciement, d'une part les commissions perçues ou à percevoir relatives à des affaires conclus pendant la période de référence, d'autre part toute somme versée en remplacement ou complément du salaire perçu par le salarié ; que pour le salarié rémunéré à la commission sur le chiffre d'affaires, l'indemnité versée par l'employeur durant une période de dispense d'activité, même rémunérée, intervenue durant la période de référence, doit être incluse dans le salaire de référence en ce qu'elle représente la part des commissions que le salarié a été empêché de générer pendant la dispense d'activité ; qu'en décidant, pour le salarié rémunéré à la commission sur le chiffre d'affaires, que l'indemnité liée à la recherche de reclassement interne perçue au cours des mois de février et mars 2014 devait être exclue de l'assiette de calcul au motif que cette indemnité a été ajoutée à la rémunération habituelle et n'est pas la contrepartie d'un travail effectif ou assimilé comme tel, quand elle venait en remplacement des commissions que le salarié avait été empêché de générer par l'absence d'activité, la cour d'appel a violé l'article 2 du titre VII de la convention d'entreprise du 1er janvier 2004, l'article 13 de l'accord national interprofessionnel des voyageurs, représentants, placiers du 3 octobre 1975 et l'article R 1234-4 du code du travail.

6° ALORS subsidiairement QUE le salaire est déterminé par la commune intention des parties ; qu'en décidant que le salaire de référence devait être déterminé en retranchant du montant des commissions un forfait de 30 % au titre des frais professionnels en relevant que le contrat de travail prévoit que les commissions englobent les frais que l'intéressé est susceptible d'engager pour les besoins de sa fonction sans constater que le salarié avait consenti à un abattement de 30% sur le montant des commissions sans plafonnement, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 5 de l'accord national interprofessionnel des voyageurs, représentants, placiers du 3 octobre 1975, de l'article 1221-1 du code du travail et de l'article 1134 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

7° ALORS subsidiairement QU'en retenant que les dispositions de la convention collective des VRP sont 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.

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 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 ; qu'en l'espèce, M. [E] a bénéficié d'un préavis de trois mois et d'un congé de reclassement d'une durée de 12 mois, soit jusqu'au 14 mai 2015 ; que le salaire moyen de M. [E] doit être fixé, au regard des observations faites ci-avant, à la somme de 2 368,63 euros somme qui est plus favorable que celle résultant de la moyenne des trois et des 12 derniers mois travaillés (respectivement 2 306,86 euros et 2 110,90 euros) ; qu'il résulte des pièces produites que M. [E] a perçu : pour la période du congé de reclassement correspondant au préavis, soit du 1er mai au 31 juillet 2014, la somme de 11 156,39 euros bruts ; pour la partie excédant le préavis, soit du 1er août 2014 au 14 mai 2015, la somme de 21 745,26 euros bruts ; que pour la période correspondant à la période du préavis, le montant de son salaire aurait été limité à la somme de 7 105,89 euros alors que pour la période postérieure, il aurait dû percevoir la somme totale de 22 501,98 euros ; qu'il résulte donc de ce qui précède que M. [E] n'a subi aucune perte de salaire au cours de son congé de reclassement ; qu'il sera en conséquence débouté de sa demande de rappel de salaires et le jugement entrepris sera confirmé sur ce point.

ET AUX MOTIFS énoncés au troisième moyen

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

2° ALORS QUE la réparation doit être intégrale et replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence du fait dommageable ; que si le salarié avait travaillé, il aurait perçu dans son intégralité le montant des commissions générées ; qu'en retenant pour déterminer le salaire auquel le salarié aurait pu prétendre s'il avait effectivement travaillé durant la période de congé de reclassement, le salaire plus favorable fixé par l'employeur à l'issue d'une comparaison avec le salaire de référence déterminé pour le calcul de l'indemnité conventionnelle de licenciement et, partant, déterminé après un abattement de 30% au titre des frais professionnels, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Moyen produit au pourvoi n° N 18-26.740 par la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat aux Conseils, pour M. [H].

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 eu connaissance le 9 mai suivant, comme en atteste le courrier qu'il a adressé en retour à son employeur accompagné du coupon 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 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 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 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 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.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION SUBSIDIAIRE

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 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 assujetti à une convention ou accord collectif de travail ou à une décision unilatérale de sa part ou d'un groupement d'employeurs, le voyageur, représentant ou placier peut, dans les cas de rupture du contrat de travail mentionnés aux articles L. 7313-13 et L. 7313-14, bénéficier d'une indemnité. L'indemnité est égale à celle à laquelle le voyageur, représentant ou placier aurait pu prétendre si, bénéficiant de la convention ou du règlement il avait, selon son âge, été licencié ou mis à la retraite. Cette indemnité n'est pas cumulable avec l'indemnité de clientèle. Seule la plus élevée est due" ; que les pièces produites aux débats permettent donc bien de retenir les dispositions de la convention collective des VRP comme étant celles les plus favorables pour [le salarié] ; qu'au regard des dispositions applicables, et contrairement à ce que soutient l'employeur, il doit être retenu, à défaut de dispositions légales ou conventionnelles dérogatoires plus favorables, pour déterminer le salaire de base sur lequel est calculée l'indemnité de licenciement, la période de rémunération correspondant aux 12 mois précédant l'envoi

de la lettre de licenciement, en dehors de toute période de suspension du contrat de travail ; que si par lettre du 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 ; 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 ; que par contre, la lecture des bulletins de salaire émis au cours de la période de référence, non contestés des parties, enseigne que [le salarié] a perçu, au cours des mois de février, mars et avril 2014, une indemnité liée à la recherche de reclassement interne ; que cette indemnité, prévue par un PSE ultérieurement annulé, a été octroyée en sus de sa rémunération habituelle dont le montant est demeuré égal, voire supérieur, aux périodes précédentes ; que son caractère indemnitaire, non lié à la contrepartie d'un travail effectif ou considéré comme tel, l'empêche d'être retenue dans l'assiette des rémunérations ; qu'il sera donc déduit de l'assiette la somme de 12 287,46 euros ; qu'aux termes de l'article 13 de la convention collective applicable, l'indemnité conventionnelle de rupture est calculée sur la base de la rémunération moyenne mensuelle des 12 derniers mois après déduction des frais professionnels évalués forfaitairement à 30% si le VRP ne percevait aucun remboursement de frais ou sans tenir compte de ces remboursements dans le cas contraire ; que le contrat de travail [du salarié] prévoit, en son article 5, que les commissions englobent les frais que l'intéressé est susceptible d'engager pour les besoins de sa fonction ; que la cour constate que [le salarié] n'en a jamais critiqué la légitimité au cours de la relation de travail et relève que, contrairement à ses allégations que la société a mis en oeuvre cette déduction sur la base d'un accord collectif signé à l'unanimité par toutes les organisations syndicales représentatives, le 27 novembre 2003 ; que cet accord prévoit ainsi à l'article 1 : "Les parties décident par le présent accord de maintenir l'abattement forfaitaire spécifique de l'assiette des cotisations sociales pour frais professionnels (30% limité à 7600 €) pour chaque VRP de Pages jaunes" ; que dès lors, il y a lieu de calculer le montant de l'indemnité conventionnelle de rupture en procédant à l'abattement prévu à la convention collective d'autant plus que la société justifie avoir procédé à cet abattement jusqu'au plafond de 7 600 euros et, lorsqu'il a été atteint, avoir procédé à une régularisation et assujetti, pour les mois suivants, l'intégralité de la rémunération perçue à la cotisation assurance chômage ; que la rémunération perçue par [le salarié] sur la période de référence, incluant l'indemnisation forfaitaire de ses frais professionnels, s'est élevée à la somme de 64 114,95 euros ; une fois ces frais retranchés, soit 17 025,81 euros au titre du forfait (30% des 56 752,81 euros de commissions) et 480 euros de remboursement de frais divers, sa rémunération annuelle brute s'est élevée à la somme de 46 609,14 euros, soit 3 884,09 euros par mois ; que pour autant, la cour étant tenue par les prétentions des parties et la société ayant souhaiter fixer le salaire de référence à la somme de 4 300,61 euros, c'est ce montant, plus favorable pour [le salarié], qui sera retenu 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 13 avril 1992 et le contrat de travail ayant

pris fin le 14 mai 2015 à la fin du congé de reclassement, [le salarié] justifiait d'une ancienneté de 23 ans, quatre mois et un jour ; que la cour constate que [le salarié], 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, calculée sur un salaire de 4 300,61 euros, doit s'établir ainsi : pour la période d'ancienneté entre 0 et 3 ans (0,15) : 1 935,27 euros ; pour la période d'ancienneté entre 3 et 10 ans (0,20) : 6 020,85 euros ; pour la période d'ancienneté entre 10 et 15 ans (0,25) : 5 375,76 euros ; pour la période au-delà des 15 ans, soit 8 ans, 4 mois et 1 jour (0,30) : 10 321,46 euros + 430,06 euros + 3,58 euros = 10 755,10 euros soit la somme de 24 086,98 euros ; que le PSE ayant été annulé en raison de l'invalidation de l'accord collectif qui le prévoyait, il n'y a plus lieu de faire application de la majoration de 50% qui était appliquée en faveur des salariés âgés de plus de 58 ans ; que la société Pages Jaunes a versé à M. [H] la somme de 42 786,50 euros de sorte que ce dernier a été rempli de ses droits, la cour constatant que la société ne sollicite pas le remboursement de la différence (18 699, 52 euros) ; que le jugement entrepris doit être infirmé en ce sens ; [] que 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 (arrêt p. 16, § 3).

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

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

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

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

5° ALORS subsidiairement QU' est incluse dans le salaire de référence permettant le calcul de l'indemnité de licenciement, d'une part les commissions perçues ou à percevoir relatives à des affaires conclus pendant la période de référence, d'autre part toute somme versée en remplacement ou complément du salaire perçu par le salarié ; que pour le salarié rémunéré à la commission sur le chiffre d'affaires, l'indemnité versée par l'employeur durant une période de dispense d'activité, même rémunérée, intervenue durant la période de référence, doit être incluse dans le salaire de référence en ce qu'elle représente la part des commissions que le salarié a été empêché de générer pendant la dispense

d'activité ; qu'en décidant, pour le salarié rémunéré à la commission sur le chiffre d'affaires, que l'indemnité liée à la recherche de reclassement interne devait être exclue de l'assiette des rémunérations au motif que cette indemnité a été octroyée en sus de la rémunération habituelle et avait un caractère indemnitaire, quand elle venait en remplacement des commissions que le salarié a été empêché de générer par l'absence d'activité, la cour d'appel a violé l'article 2 du titre VII de la convention d'entreprise du 1er janvier 2004, l'article 13 de l'accord national interprofessionnel des voyageurs, représentants, placiers du 3 octobre 1975 et l'article R 1234-4 du code du travail.

6° ALORS subsidiairement QUE le salaire est déterminé par la commune intention des parties ; qu'en décidant que le salaire de référence devait être déterminé en retranchant du montant des commissions un forfait de 30 % au titre des frais professionnels en relevant que le contrat de travail prévoit que les commissions englobent les frais que l'intéressé est susceptible d'engager pour les besoins de sa fonction sans constater que le salarié avait consenti à un abattement de 30% sur le montant des commissions sans plafonnement, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 5 de l'accord national interprofessionnel des voyageurs, représentants, placiers du 3 octobre 1975, de l'article 1221-1 du code du travail et de l'article 1134 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

7° ALORS QUE l'engagement unilatéral de l'employeur a force obligatoire ; qu'en décidant que le PSE annulé ne peut plus recevoir d'application en tant qu'engagement unilatéral de l'employeur faute de cause et qu'il n'y a plus lieu de faire application de la majoration de 50% dont bénéficie les salariés âgés de 58 ans et plus, le PSE ayant été annulé en raison de l'invalidation de l'accord collectif qui le prévoyait, sans rechercher si l'employeur avait exprimé après l'annulation du PSE la volonté d'appliquer cette majoration pour les salariés âgés de 58 ans de plus, ce qui constituait la cause de son engagement, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 1131 et 1134 du code civil dans leur 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 fixé le salaire moyen à un montant inférieur à celui sollicité par le salarié, et 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 ; qu'en l'espèce, [le salarié] a bénéficié d'un préavis de trois mois et d'un congé de reclassement de 15 mois ; qu'il a donc droit au maintien de son salaire pour toute cette période ; que le salaire moyen [du salarié] s'est élevé, pour les raisons précisées ci-avant, à la somme de 4 300,61 euros, somme plus favorable que celle issue de la moyenne des trois ou des 12 derniers mois travaillés (respectivement 3 724,72 euros et 3 884, 09 euros) ; qu'il résulte des pièces produites que [le salarié] a perçu pour la période du congé de reclassement correspondant à la durée du préavis, du 1er mai au 31 juillet 2014, la somme de 19 651,55 euros bruts ; pour la partie excédant le préavis, du 1er août 2014 au 14 août 2015, la somme de 50 534,37 euros bruts, soit pour l'ensemble de la période une somme de 70 185,92 euros ; que le maintien de sa rémunération aurait limité le montant de son salaire à 66 516,61 euros, soit 12 901,83 euros pour la période correspondant à la durée du préavis et 53 614,27 euros pour la période postérieure ; que [le salarié] n'a donc pas subi de perte de salaire au cours

de son congé de reclassement.

ET AUX MOTIFS énoncés au troisième moyen

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

2° ALORS QUE la réparation doit être intégrale et replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence du fait dommageable ; que si le salarié avait travaillé, il aurait perçu dans son intégralité le montant des commissions générées ; qu'en retenant pour déterminer le salaire auquel le salarié aurait pu prétendre s'il avait effectivement travaillé durant la période de congé de reclassement, le salaire plus favorable fixé par l'employeur à l'issue d'une comparaison avec le salaire de référence déterminé pour le calcul de l'indemnité conventionnelle de licenciement et, partant, déterminé après un abattement de 30% au titre des frais professionnels, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Moyen produit au pourvoi n° R 18-26.743 par la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat aux Conseils, pour M. [Z].

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 avril 2014 et dont il a accusé réception le 3 mai suivant, comme atteste la date et la signature portées sur le récépissé de La poste ; qu'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 à obtenir des 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 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 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 17 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 ; que par contre, la lecture des bulletins de salaire émis au cours de la période de référence, non contestés des parties, enseigne que M. [Z] a perçu, au cours des mois de février et de mars 2014, une indemnité liée à la recherche de reclassement interne ; que cette indemnité, prévue par un PSE ultérieurement annulé, a été octroyée en sus de sa

rémunération habituelle, dont le montant est demeuré égal, voire supérieur, aux périodes précédentes ; que son caractère indemnitaire, non lié à la contrepartie d'un travail effectif ou considéré comme tel, l'empêche d'être retenue dans l'assiette des rémunérations, et il sera donc déduit la somme de 5 733,93 euros ; qu'au contraire, la somme versée à M. [Z] au mois d'avril s'est substituée à son salaire habituel, qui n'a plus été versé, et sera donc incluse dans l'assiette de calcul en tant qu'élément de salaire ; qu'aux termes de l'article 13 de la convention collective applicable, l'indemnité conventionnelle de rupture est calculée sur la base de la rémunération moyenne mensuelle des 12 derniers mois après déduction des frais professionnels évalués forfaitairement à 30% si le VRP ne percevait aucun remboursement de frais ou sans tenir compte de ces remboursements dans le cas contraire ; que le contrat de travail [du salarié] prévoit, en son article 5, que les commissions englobent les frais que l'intéressé est susceptible d'engager pour les besoins de sa fonction ; que la cour constate que [le salarié] n'en a jamais critiqué la légitimité au cours de la relation de travail et relève que, contrairement à ses allégations que la société a mis en oeuvre cette déduction sur la base d'un accord collectif signé à l'unanimité par toutes les organisations syndicales représentatives, le 27 novembre 2003 ; que cet accord prévoit ainsi à l'article 1 : "Les parties décident par le présent accord de maintenir l'abattement forfaitaire spécifique de l'assiette des cotisations sociales pour frais professionnels (30% limité à 7600 €) pour chaque VRP de Pages jaunes" ; que dès lors, il y a lieu de calculer le montant de l'indemnité conventionnelle de rupture en procédant à l'abattement prévu à la convention collective d'autant plus que la société justifie avoir procédé à cet abattement jusqu'au plafond de 7 600 euros et, lorsqu'il a été atteint, avoir procédé à une régularisation et assujetti, pour les mois suivants, l'intégralité de la rémunération perçue à la cotisation assurance chômage ; que la rémunération perçue par M. [Z] sur la période de référence, incluant l'indemnisation forfaitaire des frais professionnels et le remboursement des frais divers, s'est élevée à la somme de 49 826,47 euros ; une fois ces frais retranchés, (30% des 40 955,15 euros de commissions et 470 euros de frais divers), sa rémunération annuelle brute annuelle s'est élevée à la somme de 37 069,93 euros, ce qui représente la somme de 3 089,16 euros par mois ; 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 24 août 1998 et le contrat de travail ayant pris fin le 14 mai 2015 à la fin du congé de reclassement, [le salarié] justifiait d'une ancienneté de 16 ans, huit mois et 20 jours ; que la cour constate que M. [Z], 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. Au regard de ce qui précède, celle-ci doit être calculée de la manière suivante : pour la période d'ancienneté entre 0 et 3 ans (0,15) : 1 390,12 euros ; pour la période d'ancienneté entre 3 et 10 ans (0,20) : 4 324,82 euros ; pour la période d'ancienneté entre 10 et 15 ans (0,25) : 3 861,45 euros ; pour la période au-delà des 15 ans, soit 1 an, 8 mois et 20 jours (0,30) : (926,74 euros + 617,83 euros + 51,48 euros) = 1 596,05 euros soit la somme de 11 172,44 euros ; que la société Pages Jaunes a versé à M. [Z] la somme de 12 520 euros de sorte que le salarié a été rempli de ses droits de ce chef, la cour relevant que l'employeur ne sollicite pas le remboursement de la différence.

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

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

3° ALORS subsidiairement QU' en retenant que les dispositions de la convention collective des VRP sont les plus

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

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

5° ALORS subsidiairement QUE sont incluses dans le salaire de référence permettant le calcul de l'indemnité de licenciement, d'une part les commissions perçues ou à percevoir relatives à des affaires conclus pendant la période de référence, d'autre part toute somme versée en remplacement ou complément du salaire perçu par le salarié ; que pour le salarié rémunéré à la commission sur le chiffre d'affaires, l'indemnité versée par l'employeur durant une période de dispense d'activité, même rémunérée, intervenue durant la période de référence, doit être incluse dans le salaire de référence en ce qu'elle représente la part des commissions que le salarié a été empêché de générer pendant la dispense d'activité ; qu'en décidant, pour le salarié rémunéré à la commission sur le chiffre d'affaires, que l'indemnité liée à la recherche de reclassement interne perçu au cours des mois de février et mars 2014 devait être exclue de l'assiette de calcul des rémunérations au motif que cette indemnité a été octroyée en sus de la rémunération habituelle et n'est pas la contrepartie d'un travail effectif ou assimilé comme tel, quand elle venait en remplacement des commissions que le salarié avait été empêché de générer par l'absence d'activité, la cour d'appel a violé l'article 2 du titre VII de la convention d'entreprise du 1er janvier 2004, l'article 13 de l'accord national interprofessionnel des voyageurs, représentants, placiers du 3 octobre 1975 et l'article R 1234-4 du code du travail.

6° ALORS subsidiairement QUE le salaire est déterminé par la commune intention des parties ; qu'en décidant que le salaire de référence devait être déterminé en retranchant du montant des commissions un forfait de 30 % au titre des frais professionnels en relevant que le contrat de travail prévoit que les commissions englobent les frais que l'intéressé est susceptible d'engager pour les besoins de sa fonction sans constater que le salarié avait consenti à un abattement de 30% sur le montant des commissions sans plafonnement, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 5 de l'accord national interprofessionnel des voyageurs, représentants, placiers du 3 octobre 1975, de l'article 1221-1 du code du travail et de l'article 1134 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

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 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 ; qu'en l'espèce, M. [Z] a bénéficié d'un préavis de trois mois et d'un congé de reclassement de 12 mois ; il a donc droit au maintien de son salaire pour l'ensemble de cette période ; que le salaire moyen de M. [Z] s'est élevé, au regard des modalités de calcul précisées ci-avant, à la somme de 3 089,16 euros, somme plus favorable que celle résultant de la moyenne des trois derniers mois travaillés (2 907,99 euros) ; qu'il résulte des pièces produites que M. [Z] a perçu : pour la période du congé de reclassement correspondant au préavis, soit du 1er mai au 31 juillet 2014, la somme de 16 292,48 euros bruts, déduction faite des frais professionnels pour un montant de 843,14 euros (représentant 30% des 2 810,47 de commissions) ; le maintien de sa rémunération aurait limité ce montant à la somme de 9 267,48 euros ; pour la partie excédant le préavis, soit d'août 2014 au 14 mai 2015, la somme de 27 035,98 euros bruts, déduction faite des frais professionnels pour un montant de 884,22 euros (représentant 30% des 2 947,42 euros de commissions) ; le maintien de sa rémunération aurait dû lui permettre de percevoir 29 244,04 euros ; qu'il résulte de ce qui précède que M. [Z] n'a pas subi de perte de salaire durant la durée de son congé de reclassement puisqu'il a perçu la somme de 43 328,46 euros alors que le maintien de sa rémunération ne lui aurait permis de recevoir qu'une somme de 38 511,52 euros.

Et AUX MOTIFS énoncés au troisième moyen

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

2° ALORS QUE la réparation doit être intégrale et replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence du fait dommageable ; que si le salarié avait travaillé, il aurait perçu dans son intégralité le montant des commissions générées ; qu'en retenant pour déterminer le salaire auquel le salarié aurait pu prétendre s'il avait effectivement travaillé durant la période de congé de reclassement, la moyenne des salaires perçus durant les douze derniers mois déterminée pour le calcul de l'indemnité conventionnelle de licenciement et, partant, déterminée après un abattement forfaitaire de 30% au titre des frais professionnels 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.

Décision **attaquée**

Cour d'appel de versailles 05
8 novembre 2018 (n°17/01331 (et 9 autres))

Textes **appliqués**

Article L. 7313-17 du code du travail.

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

Les **dates clés**

- Cour de cassation Chambre sociale 24-11-2021
- Cour d'appel de Versailles 05 08-11-2018