



AVIS DE Mme RÉMERY, AVOCATE GÉNÉRALE

Arrêt n° 1188 du 9 décembre 2020 – Chambre sociale

Pourvoi n° 19-17.395

Décision attaquée : 02 avril 2019 de la cour d'appel de Riom

M. B... F...

C/

la société Luxastore déco

FAITS ET PROCÉDURE

M. B... F... a été engagé par la société Luxastore Déco (la société) le 26 août 2013 par contrat à durée indéterminée en qualité de vendeur exclusif voyageur-représentant-placier.

Après avoir fait l'objet d'un avertissement notifié le 25 novembre 2015 qu'il a contesté, il a été licencié pour faute grave le 21 décembre 2015.

Par requête du 3 février 2016, il a saisi le conseil de prud'hommes de Riom qui, par jugement du 23 mars 2018 a constaté que le licenciement reposait, non sur une faute grave mais sur des causes réelles et sérieuses, dit n'y avoir lieu à annulation de

l'avertissement et condamné l'employeur à payer à M. F..., les sommes de 9054 euros au titre de l'indemnité compensatrice de préavis, outre 905,40 euros au titre des congés payés afférents, 1 549,24 euros au titre de l'indemnité légale, 1 810 euros au titre de l'indemnisation de la mise à pied non rémunérée et 181 euros au titre des congés payés afférents.

Par arrêt du 2 avril 2019, la cour d'appel de Riom a confirmé le jugement entrepris, notamment en ce qu'il rejetait la demande du salarié au titre de l'indemnité spéciale de rupture.

C'est l'arrêt attaqué.

M. F... a formé un pourvoi en cassation comportant trois moyens.

Mon avis ne portera que sur le troisième moyen, les deux premiers, faisant grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté les demandes d'annulation et d'indemnisation au titre de l'avertissement (1^{er} moyen) et d'avoir constaté que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse (2^{ème} moyen) pouvant faire l'objet, pour les raisons exposées dans le rapport, d'un rejet non spécialement motivé.

DISCUSSION

Le troisième moyen dans une unique branche reproche à l'arrêt attaqué une violation des articles L. 7313-13 du code du travail et 14 de l'accord national interprofessionnel des VRP du 3 octobre 1975 pour avoir rejeté la demande de M. F... **en paiement d'une indemnité spéciale de rupture** en considérant qu'il n'avait pas renoncé, dans le délai de 30 jours de la rupture du contrat de travail, à l'indemnité légale de clientèle à laquelle il pouvait prétendre alors que l'indemnité spéciale de rupture ne peut être perçue, sauf opposition de l'employeur, que sous condition de renonciation à l'indemnité de clientèle qui n'est due qu'en cas de rupture de la relation de travail en l'absence de faute grave, de sorte que lorsque le VRP ne pouvant avoir droit à l'indemnité légale de clientèle pour avoir été licencié pour faute grave, la condition de renonciation à celle-ci pour bénéficier de l'indemnité spéciale de rupture se trouve sans objet.

Le pourvoi pose la question de savoir si le voyageur représentant placier peut percevoir l'indemnité spéciale de rupture sans avoir renoncé, dans les 30 jours de la rupture de la relation de travail, à l'indemnité légale clientèle que son licenciement pour faute grave, ultérieurement requalifié en licenciement pour cause réelle et sérieuse, lui interdisait de percevoir.

En application de l'article L 7313-13¹ du code du travail, l'indemnité de clientèle répare le préjudice, qui doit être établi, résultant, pour le VRP payé en tout ou partie à la commission, de la perte de la clientèle qu'il a créée ou développée, augmentation en nombre ou en valeur dont il doit justifier (Soc 11 mai 2011 n° 09-41.298 B.V n° 107).

Elle est due, soit en cas de cessation du contrat de travail, à durée indéterminée ou non², du fait de l'employeur et en l'absence de faute grave du VRP (Soc 5 juin 1991 n° 88-43.464 RJS 7/91 n° 901), soit par suite d'un accident ou d'une maladie entraînant une incapacité permanente totale de travail. Les cas de démission requalifiée en licenciement sans cause réelle ou sérieuse, de mise à la retraite ou de prise d'acte de la rupture produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle ou sérieuse sont assimilés à une rupture du contrat par l'employeur.

Le montant de cette indemnité, souverainement apprécié par les juges du fond à défaut d'accord entre les parties (soc. 20 mars 2018 n° 16-26.724), est évalué au départ du VRP et tient compte, le cas échéant, des rémunérations spéciales accordées en cours de contrat pour le même objet (dites aussi avances sur indemnité de clientèle), ainsi que des diminutions constatées dans la clientèle préexistante et imputables au VRP.

Cette indemnité de clientèle est cumulable avec l'indemnité pour rupture abusive du CDI en vertu de l'article L. 7313-15 du code du travail comme avec l'indemnité compensatrice de préavis et celle de non-concurrence mais ne l'est pas avec l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement (Soc. 20 mars 1980 n° 78-40.363 et 3 juillet 1990 n° 87-45.482) ni avec les indemnités de rupture prévues par l'accord national interprofessionnel du 3 octobre 1975.

L'indemnité spéciale de rupture fait partie des quatre indemnités prévues par cet accord avec l'indemnité conventionnelle de rupture, l'indemnité conventionnelle de départ en retraite et l'indemnité spéciale de mise à la retraite.

Aux termes de l'article 14 de cet accord³, le VRP peut bénéficier d'une indemnité spéciale de rupture lorsque les conditions suivantes sont remplies :

¹ L. 7313-13 : *“En cas de rupture du contrat de travail à durée indéterminée par l'employeur, en l'absence de faute grave, le voyageur, représentant ou placier a droit à une indemnité pour la part qui lui revient personnellement dans l'importance en nombre et en valeur de la clientèle apportée, créée ou développée par lui.*

Le montant de cette indemnité de clientèle tient compte des rémunérations spéciales accordées en cours de contrat pour le même objet ainsi que des diminutions constatées dans la clientèle préexistante et imputables au salarié.”

², Elle est aussi due en cas de rupture de rupture du CDD par l'employeur avant l'échéance du terme, ou lorsque le contrat venu à échéance n'est pas renouvelé, et en l'absence de faute grave (C. trav. art. L 7313-14).

³ Art 14 de l'ANI : *“Lorsque 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, (devenus L.7313-13 et L.7313-14)du code du travail alors qu'il est âgé de moins de soixante-cinq ans et qu'il ne rentre pas dans le champ d'application de l'article 16 du présent accord, et sauf opposition de l'employeur exprimée par écrit et au plus tard dans les quinze jours de la notification de la rupture ou de la date d'expiration du contrat à durée déterminée non renouvelable, ce représentant, à la condition d'avoir renoncé au plus tard dans les trente jours suivant l'expiration du contrat de travail à l'indemnité de clientèle à laquelle il pourrait avoir*

- il se trouve dans l'un des cas de cessation du contrat de travail prévus pour l'octroi de l'indemnité de clientèle, à savoir une rupture par l'employeur, sauf faute grave du VRP ou due à une incapacité permanente totale consécutive à un accident ou à une maladie.
- sa rémunération est constituée en tout ou partie par des commissions
- il a moins de 65 ans et n'est pas éligible à l'indemnité spéciale de mise à la retraite. Dans le cas contraire, c'est cette dernière qui est due ;
- il a renoncé dans les 30 jours suivant l'expiration du contrat de travail à l'indemnité de clientèle à laquelle il pourrait avoir droit.
- l'employeur ne s'est pas opposé au versement de l'indemnité spéciale de rupture, étant précisé qu'en cas d'opposition il doit en informer par écrit le VRP dans les 15 jours de la notification de la rupture.

L'indemnité est calculée en fonction de l'ancienneté du VRP dans l'entreprise et sur les seules rémunérations variables et est complétée, s'il y a lieu, par le versement de l'indemnité conventionnelle de rupture prévue à l'article 13 de l'ANI qui est assise sur la partie fixe du salaire.

Vous avez jugé que la renonciation à l'indemnité de clientèle devait être expresse (Soc. 13 mars 1991 n° 88-43.638 RJS 5/91 n° 645; Soc. 18 mars 1992 B.V n° 191 et Soc. 17 décembre 1997 n° 95-42.807), qu'elle devait avoir lieu dans le délai de 30 jours suivant la rupture du contrat de travail (Soc. 28 octobre 2009 n° 08-42.772).

Mais vous avez considéré que le bénéfice de l'indemnité spéciale de rupture n'était pas subordonné à la reconnaissance d'un droit à l'indemnité de clientèle (Soc. 12 novembre 1987 n° 85-41.623 B.V n° 640 ; Soc. 16 janvier 1997 n° 93-46.604; Soc. 15 janvier 2002 n° 99-45.694, RJS 5/02 n° 637 ; Soc. 13 avril 2005 n° 02-42.312). Il suffit que le droit à l'indemnité de clientèle soit ouvert (en raison des conditions de la rupture et celles de la renonciation) : le VRP n'a donc pas à justifier de ce droit en démontrant qu'il a créé ou développé la clientèle.

En l'espèce, il n'est ni contesté, ni contestable que la condition de renonciation à l'indemnité spéciale légale de clientèle dans le délai de trente jours à compter de la cessation de la relation de travail n'est pas remplie.

A la lecture de l'article 14 de l'accord national interprofessionnel, cette condition faisant défaut devrait empêcher le VRP de prétendre à l'obtention de l'indemnité spéciale de rupture. C'est en ce sens que l'arrêt attaqué a tranché le litige en considérant que *"ainsi que l'a souligné le conseil de prud'hommes, M. F... ne justifie pas avoir entrepris, nonobstant le licenciement prononcé pour faute grave et alors qu'il avait saisi le conseil de prud'hommes d'une contestation, la moindre démarche envers l'employeur, dans les 30 jours de la rupture du contrat, établissant qu'il entendait renoncer à l'indemnité de clientèle à laquelle il pouvait prétendre. En conséquence c'est à juste titre qu'il a été*

droit en vertu de l'article L. 751-9 précité, bénéficiera d'une indemnité spéciale de rupture fixée comme suit, dans la limite d'un maximum de dix mois (...)"

débouté de sa demande à ce titre [sur l'indemnité spéciale de rupture] et que seule l'indemnité légale de licenciement lui sera versée en vertu de la présente décision”.

Mais comment reprocher au VRP de n'avoir pas renoncé, dans le délai imparti, à une indemnité à laquelle la qualification du licenciement pour faute grave choisie par l'employeur lui interdisait de prétendre ?

Dans le délai imparti, la condition de renonciation était impossible à satisfaire, puisque précisément, le droit sur lequel elle portait - l'indemnité légale de clientèle - ne lui était pas ouvert.

C'est bien dans ce sens que la chambre a statué en approuvant une cour d'appel d'avoir accordé à une VRP, en l'absence de toute renonciation, une indemnité spéciale de rupture tout en constatant qu'elle ne pouvait prétendre à une indemnité de clientèle du fait de la nature de l'activité de représentation exercée, en constatant que d'une part, que “ *que l'article 14 de l'accord national interprofessionnel des VRP du 3 octobre 1975 ne subordonne pas le bénéfice de l'indemnité spéciale de rupture à la reconnaissance d'un droit à l'indemnité de clientèle*” et d'autre part que “ *la cour d'appel a décidé sans contradiction que, **la salariée ne pouvant avoir droit à une indemnité de clientèle, la condition de renonciation à celle-ci pour bénéficier de l'indemnité spéciale de rupture était sans objet***” (Soc 16 janvier 1997 n° 93-46.604 cité par le mémoire ampliatif et par Mme la conseillère rapporteure ainsi que dans le rapport sur l'arrêt déjà cité du 13 avril 2005 n° 02-42.312).

Vous avez aussi, dans un arrêt postérieur (Soc. 6 juin 2001 n° 99-43.235) censuré, certes au visa de l'article 455 du NCPC, une cour d'appel ayant jugé une salariée forclosée à réclamer le bénéfice de l'indemnité spéciale de rupture sans répondre à ses conclusions soutenant que son contrat stipulait qu'en cas de résiliation elle ne pourrait revendiquer une indemnité de clientèle et que ne pouvant avoir droit à une indemnité de clientèle, la condition de renonciation à celle-ci pour bénéficier de l'indemnité spéciale de rupture devenait sans objet.

Dans une autre décision (Soc. 11 juillet 2012 n° 10-28.719), vous avez décidé, de façon encore plus nette, s'agissant d'une VRP licenciée pour faute grave requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse à laquelle une cour d'appel avait octroyé une somme à titre d'indemnité spéciale de rupture en violation, selon le moyen, des articles L. 7313-13 du code du travail et 14 de la convention collective puisque l'intéressée qui avait réclaté une indemnité de clientèle devant la juridiction prud'homale, n'avait jamais renoncé à celle-ci, que “ **le moyen, qui se prévaut de textes dont l'application est exclue en cas de licenciement pour faute grave, est inopérant**”.

La cour d'appel qui, écartant l'existence d'une faute grave, a confirmé la requalification du licenciement de M. F... pour cause réelle et sérieuse, ne pouvait dès lors rejeter sa demande au titre de l'indemnité spéciale de rupture pour défaut de renonciation à l'indemnité légale de clientèle à laquelle il pouvait avoir droit, alors que la décision de la

société de licencier son VRP pour faute grave lui avait interdit de prétendre à cette indemnité rendant ainsi sans objet son droit à renonciation.

Avis de cassation sur le troisième moyen