

COUR D'APPEL D'AIX EN PROVENCE

9e Chambre B

ARRÊT AU FOND

DU 03 OCTOBRE 2014

N°2014/

Rôle N° 12/13218

Société COMPAGNIE GENERALE DES EDITIONS OFFICIELLES

C/

Éric MAGGIOLO

Grosse délivrée le :

à :

Me Jean-François LE METAYER, avocat au barreau d'ORLEANS

Me Christian SALORD, avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE

Copie certifiée conforme délivrée aux parties le :

Décision déferée à la Cour :

Jugement du Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire d'AIX-EN-PROVENCE - section E - en date du 29 Mai 2012, enregistré au répertoire général sous le n° 11/329.

APPELANTE

Société COMPAGNIE GENERALE DES EDITIONS OFFICIELLES, prise en la personne de son représentant légal en exercice, demeurant 45, rue Simon Laplace - 13855 AIX EN PROVENCE CEDEX 3

représentée par Me Jean-François LE METAYER, avocat au barreau d'ORLEANS

INTIME

Monsieur Éric MAGGIOLO, demeurant 14, Les Chênes Verts - 13740 LE ROVE

représenté par Me Christian SALORD, avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE

*_*_*_*_*

COMPOSITION DE LA COUR

En application des dispositions de l'article 945-1 du Code de Procédure Civile, l'affaire a été débattue le **30 Juin 2014**, en audience publique, les parties ne s'y étant pas opposées, devant **Madame Bernadette BERTHON, Président de chambre**, chargé d'instruire l'affaire.

Ce magistrat a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour composée de :

Madame Bernadette BERTHON, Président de chambre

Monsieur Philippe ASNARD, Conseiller

Madame Nathalie VAUCHERET, Conseiller

Greffier lors des débats : Monsieur Guy MELLE.

Les parties ont été avisées que le prononcé public de la décision aurait lieu par mise à disposition au greffe le 26 Septembre 2014, prorogé au 03 octobre 2014

ARRÊT

Contradictoire,

Prononcé par mise à disposition au greffe le 03 Octobre 2014

Signé par Madame Bernadette BERTHON, Président de chambre et Monsieur Guy MELLE, greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

FAITS ET PROCEDURE

Eric Maggiolo a été engagé par la Sarl Compagnie Générale des Editions Officielles dite CGEO, filiale du groupe SEO France qui a pour activité l'édition de support publicitaires, suivant contrat à durée indéterminée à effet du 1er octobre 1993 en qualité de VRP exclusif statut cadre.

Par avenant du 1er mars 2007, le salarié a été chargé de missions auprès de la direction générale, puis suivant avenant du 29 octobre 2007 à effet du 1er novembre 2007, il a été nommé au poste de directeur commercial, statut cadre catégorie 3 niveau 3, la convention collective applicable étant celle de la publicité et des entreprises assimilées.

Par ordonnance du 10 juin 2010, le tribunal de commerce de Lyon a mis en place une procédure de conciliation en application des articles 1611-4 et suivants du code de commerce et a désigné la Selarl AJ Partenaires représenté par Bruno Sapin en qualité de conciliateur avec mission notamment de rechercher toutes solutions permettant d'assurer la pérennité des entreprises du groupe.

Le 1er décembre 2010, l'employeur a convoqué le salarié à un entretien préalable pour le 9 décembre 2010 en vue d'un éventuel licenciement économique, entretien au cours duquel a été remis au salarié les documents pour la convention de reclassement personnalisé.

Par lettre recommandée du 10 Janvier 2011 avec avis de réception, l'employeur a envoyé au salarié la lettre suivante:

«Vous avez adhéré à la Convention de Reclassement Personnalisée qui vous a été proposée le 9 décembre 2010.

Cette adhésion entraîne la rupture de votre contrat de travail d'un commun accord à la date du 30 Décembre 2010, aux conditions qui figurent dans le document d'information qui vous a été remis le 9 décembre 2010, et ce, pour le motif économique suivant:

« La Société CGEO a connu de grosses difficultés financières ces 3 dernières années, perte de 100 % du capital entraînant des difficultés à honorer ses engagements financiers incontournables, la mise en redressement judiciaire a pu être évitée, notamment, suite à la mise en place d'un CODECHEF. De ce fait, une restructuration de la Société s'impose

afin d'assurer sa pérennité entraînant, entre autre, la suppression de votre poste de Directeur commercial".

Pour mémoire, nous vous informons que votre nombre d'heures acquis au titre du Droit individuel à la Formation (DIF) est de 120 heures.

Nous vous confirmons, bien que vous ayez refusé notre proposition de reclassement, que vous bénéficiez d'une priorité de réembauche durant un délai d'un an à compter de la rupture de votre contrat de travail à condition que vous nous informiez, par courrier, de votre intention d'en user.

Nous tenons à votre disposition votre solde de tout compte ainsi que vos attestations légales de travail et votre attestation d'employeur destiné au Pôle Emploi ».

Eric Maggiolo a saisi:

-d'une part, le 28 janvier 2011, pour le paiement des rappels de commissions pour les années 2008 à 2010 la formation de référé du conseil de prud'hommes d' Aix-en-Provence laquelle a rejeté sa demande,

-d'autre part, le 24 mars 2011 au fond cette juridiction laquelle section encadrement par jugement en date du 29 mai 2012 a:

*dit le licenciement sans cause réelle et sérieuse,

*condamné l'employeur à payer au salarié:

- 78 000€ à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,

-1000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

*débouté le salarié du surplus de ses demandes,

*dit n'y avoir lieu à exécution provisoire,

*dit que chacune des parties aura ses propres dépens à charge.

La Sarl CGEO a le 10 juillet 2012 interjeté régulièrement appel de ce jugement.

MOYENS ET PRETENTIONS DES PARTIES

Dans ses conclusions, l'appelante demande à la cour de:

**à titre principal,*

-constater que les difficultés économiques étaient avérées à la date du licenciement, qu'elle a respecté l'obligation de reclassement, qu'elle a déjà réglé au salarié les sommes qu'il lui revenaient au titre des commissions sur les espaces publicitaires vendus et les congés payés afférents, que l'intimé ne caractérise aucune résistance abusive,

-débouter l'intimé de l'ensemble de ses demandes,

-infirmer en conséquence le jugement déféré en ce qu'il l' a condamné à payer 78 000 € de dommages et intérêts outre 1000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

-condamner l'intimé à lui verser 2500 € pour frais irrépétibles,

*à titre subsidiaire, réduire la demande de dommages et intérêts à de plus justes proportions, au visa de l'article L1235-3 du code du travail en fonction du préjudice réellement subi et démontré par lui.

Elle prétend sur le bien fondé de la rupture,

- que contrairement aux dires de l'intimé, le motif économique ne repose nullement sur la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise mais sur les difficultés économiques qu'elle a rencontrées, et qui ont été reconnues par le tribunal de commerce qui a ouvert une procédure de conciliation et qui a donné lieu à un plan d'apurement échelonné pour le règlement de l'ensemble des dettes fiscales et sociales,

-qu' ainsi qu'il en est justifié contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges, une offre de reclassement écrite précise et détaillée a bien été proposée au salarié qui l'a refusé, qu'en l'absence de toute possibilité de reclassement interne disponible et compatible tant avec les moyens du Groupe qu'avec le profil du salarié, elle n'a eu d'autre choix que de poursuivre la mise en oeuvre de la procédure de licenciement pour motif économique.

Elle insiste sur le caractère opportuniste et vénal de l'action de l'intimé, qui n'avait pas l'intention à l'évidence d'accepter la moindre proposition de reclassement, n'a jamais demandé de bénéficier de la priorité de réembauche et a procédé dès le 11 février 2011 à l'immatriculation de la société Editions Multi Média Conseils à l'activité directement concurrente de la sienne, ce qui démontre qu'il entendait quitter la société CGEO pour créer sa propre entreprise. Elle ajoute qu'il a même usé de procédés déloyaux en démarchant les prescripteurs avec lesquels elle était contractuellement lié.

Elle souligne sur le rappel des commissions que c'est en toute mauvaise foi que l'intimé prétend ne pas avoir été réglé, qu'il a perçu les sommes qu'il réclame en net à titre de remboursement de frais en vertu de l'accord qui avait été passé entre l'ancienne direction de la société et le salarié, que les dites sommes ont été réintégrées en salaire par l'Urssaf des Bouches du Rhône à la suite du contrôle diligenté en juin 2011 et apparaissent bien à nouveau sur les bulletins de salaires en étant soumis à charge et comptabilisés comme rémunérations imposables et soumis à congés payés.

Aux termes de ses écritures, l'intimé faisant appel incident conclut au visa des articles L 1233-3, L12336', L1233-3 et L 1233-9 du code du travail, à l'absence totale de tentative de reclassement et de proposition de reclassement, aux faits que l'employeur n'a jamais justifié faire une proposition qui figure dans la pièce 8 de son bordereau, qu'il n'établit pas le règlement des commissions à partir d'avril 2008 jusqu'au licenciement, qu'il est redevable des dites commissions à partir d'avril 2008 pour toute l'année 2009 et 2010, au visa des analyses de vente pour 2010 et les relevés de compte VRP pour 2010, des tableaux fixant sa rémunération et les chiffres d'affaire (pièce 12)

* à ce qu'il soit constaté que les commissions apparaissent sur le bulletin de salaire de décembre 2010 mais qu'elles n'ont pas été réglées,

* à la confirmation du jugement déféré en ce qu'il a retenu le principe du licenciement sans cause réelle et sérieuse,

* à son infirmation sur le montant des dommages et intérêts, en ce qu'il l'a débouté de sa réclamation sur le rappel de commissions,

* à la condamnation de l'employeur à lui payer:

-280 000 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,

-97 545 € à titre de rappel de commissions pour les années 2008,2009,2010,

-5000 € à titre de justes et réparateurs dommages et intérêts pour résistance abusive,

-2000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile

*à la condamnation de l'employeur aux intérêts au taux légal sur l'ensemble des condamnations à compter de la demande en justice et à prendre en charge les dépens.

Il soutient sur le licenciement:

-qu'aucun proposition de reclassement ne lui a été faite tant orale qu'écrite,

-que l'employeur n'a fait aucune tentative sérieuse et réelle de reclassement, d'autant que la société CGEO appartient au Groupe SEO Finance,

-que l'appelante est de mauvaise foi, relevant que le mail qu'elle produit ne comporte pas de destinataire et que lui même n'avait plus de boîte email à compter de juillet 2010,

-que sur la situation économique, l'appelante ne justifie pas que le choix de gestion était nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité, que de plus aucun pièce de nature à convaincre de difficultés économiques n'est produite,

-que le licenciement est intervenu pour motif personnel, que l'employeur apprenant que sa compagne ayant démissionné et ayant intégré une société concurrente la société AF communication, a décidé de le licencier,

-qu'il n'a pas retrouvé d'emploi depuis près de 3 ans et ne perçoit plus les indemnités Pôle Emploi depuis janvier 2014.

Il réfute sur le rappel de commissions qu'il sollicite, l'argumentation adverse au motif :

-qu'à partir d'avril 2008 et jusqu'en octobre 2010, les bulletins ne mentionnent aucune commission
-que l'employeur ne lui a pas payé les commissions sous forme de frais ce qui est illégal et qui n'est pas justifié,

-que s'il a perçu le règlement de frais, c'était pour le paiement de frais prévus à l'avenant au contrat et concernant le remboursement des frais de carburants pour les déplacements professionnels avec le véhicule mis à sa disposition et frais professionnels sur justificatifs,

-que le rappel de commissions inscrit au titre de la période de janvier 2010 à octobre 2010 sur le bulletin de salaire de décembre 2010, n'a pas été réglée.

Pour plus ample exposé, la cour renvoie aux écritures déposées par les parties et réitérées oralement à l'audience.

SUR CE

I sur le rappel de commissions

Au vu du dernier avenant au contrat de travail signé le 29 octobre 2007 et par lequel le salarié est devenu directeur commercial , il était prévu qu'il avait '*pour mission d'atteindre les objectifs fixés soit pour 2008 CA de 4 millions d'euros, développer les taux de marge, animer les forces de vente et co-animer les délégués, que sa rémunération sera décomposée comme suit fixe mensuel brut 5700 € incluant la gestion du portefeuille 'direction' et des commissions sur espaces vendus de 18%*'.

En l'état, il n'est pas contesté que le salarié devait bénéficier de commissions comme fixées par le contrat de travail .

Au vu des pièces versées au débat, il n'est pas justifié par l'employeur qu'il se soit acquitté de la prétendue régularisation annuelle des commissions pour l'année 2010 comme mentionné sur le bulletin de salaire de décembre 2010 à hauteur de 24 191,70 € étant précisé que la seule mention sur le bulletin de salaire ou sur l'attestation Assedic ne vaut pas justificatif de paiement. De plus, il convient de constater que le reçu pour solde de tout compte délivré sur la même période ne prend pas en compte cette régularisation puisqu'il mentionne un solde de 65 207,38 € incluant 13557,58 € à titre d'indemnité compensatrice de congés payés brute, 8176,62 € à titre d'indemnité de préavis non effectué payé brute et 49 334,10 € à titre d'indemnité légale de licenciement nette.

Par ailleurs pour le surplus période d'avril 2008 à décembre 2009, la réclamation du salarié doit être également accueillie dans la mesure où ce dernier produit au débat en pièce 12 un tableau (non contesté par la partie adverse) où figure le montant des commissions brutes qui lui sont dues pour 2008 et 2009, et les bulletins de salaire desquels il ressort que les commissions de janvier à mars 2008 ont bien été prises en compte et pas les autres mois de 2008 et ceux de 2009.

Considérant que le versement de frais professionnels ne peut tenir lieu de règlement de commissions et peu importe que le montant de ces frais paraissent correspondre à celui des commissions, il y a lieu de condamner l'employeur au paiement de la somme globale telle sollicitée à ce titre par l'intimé à savoir 97545 € brut qui comprend aux commissions dues d'avril 2008 à décembre 2010 y compris les congés payés.

Il convient d'ajouter que le fait que comme l'indique l'appelante le montant des commissions ait été réintégré en salaires par l'Urssaf, ne peut dispenser l'employeur de s'acquitter effectivement de ces commissions auprès du salarié, le paiement en frais professionnels ne pouvant y pallier.

II sur la rupture

En application des articles L 1233-1 et suivants du code du travail, la lettre de licenciement qui fixe les limites du litige, doit énoncer, lorsqu'un motif économique est invoqué, à la fois la raison économique (difficultés économiques, mutations technologiques, réorganisation de l'entreprise) qui fonde la décision et son incidence précise sur l'emploi, ou le contrat de travail (à savoir suppression ou transformation d'emploi, modification du contrat sur un élément essentiel), l'énoncé de ces deux éléments originel et matériel étant indispensable.

De plus, le licenciement économique ne peut intervenir que si le reclassement du salarié s'avère impossible.

Il est constant que l'adhésion du salarié à une convention de reclassement personnalisé, ne le prive pas du droit de contester le motif économique du licenciement ayant présidé à ce dispositif et le respect par l'employeur de son obligation de reclassement.

Lorsque la rupture du contrat de travail résulte de l'acceptation par le salarié d'une convention de reclassement personnalisé, l'employeur doit en énoncer le motif économique, soit dans le document écrit d'information sur la convention de reclassement personnalisé remis obligatoirement au salarié concerné par le projet de licenciement, soit dans la lettre qu'il est tenu d'adresser au salarié lorsque le délai de réponse expire après le délai d'envoi de la lettre de licenciement imposé par les articles L 1233-15 et L 1233-39 du code du travail soit, lorsqu'il ne lui est pas possible d'envoyer cette lettre avant l'acceptation par le salarié de la proposition de convention, dans tout autre document écrit remis ou adressé à celui-ci au plus tard au moment de son acceptation.

Lorsqu'une entreprise appartient à un groupe, le motif économique doit être apprécié au niveau

groupe auquel elle appartient.

Dans la lettre du 10 janvier 2011 ci dessus reproduite, l'employeur invoque comme motif de licenciement *'les grosses difficultés financières qu'elle a connu ces 3 dernières années, perte de 100 % du capital entraînant des difficultés à honorer ses engagements financiers incontournables, la mise en redressement judiciaire ayant pu être évitée, notamment, suite à la mise en place d'un CODECHEF. De ce fait, une restructuration de la Société s'impose afin d'assurer sa pérennité entraînant, entre autre, la suppression de votre poste de Directeur commercial'*.

En l'état, il s'avère outre le fait que le motif économique a été porté à la connaissance du salarié postérieurement à l'expiration du délai convenu pour accepter l'acceptation de la CRP et même postérieurement à son acceptation que le motif économique invoqué qui vise le cas de difficultés économiques entraînant la restructuration ne fait référence qu'à la société CGEO, employeur alors que cette société ce qui n'est pas contesté appartient au Groupe SEO Finance lequel comprend la société SEO Finance, la société des Editions sociales économiques et régionales, la société des Editions Municipales ainsi que la société CGEO.

Même si certaines pièces produites à savoir l'ordonnance de nomination d'un conciliateur du 10 juin 2010, (pièce 5.1) le résumé de la procédure de conciliation établi au 31 octobre 2010 (5.2) concernant les sociétés du groupe et la décision de la commission des chefs des services financiers et des représentants des organismes de sécurité sociale et de l'assurance chômage du Rhône accordant le 17 septembre 2010 des plans d'apurement échelonnés pour le règlement de l'ensemble des dettes fiscales et sociale de chaque entité du groupe, concernent les sociétés du groupe et si d'autres concernent plus particulièrement la Sarl CGEO notamment les bilans de la Sarl CGEO pour l'exercice 2010 et n-1 soit 2009 et pour l'exercice 2008 et n-1 soit 2007 desquels il ressort que le résultat d'exploitation est passé de plus 168 018 € en 2007 à plus 149 645 € en 2008 puis moins 299 023 € en 2009 et moins 14 505 € en 2010 et l'actualisation au 7 janvier 2011 du plan accordé, il ne peut être considéré qu'elles sont suffisantes à démontrer les difficultés économiques persistantes et pour l'entreprise et pour le groupe au moment même de la rupture, alors que des solutions avaient été trouvées avant la rupture pour faire face aux difficultés.

Contrairement à l'analyse des premiers juges, il s'avère que l'employeur justifie avoir notifié une offre de reclassement dans la mesure où d'une part, il a bien noté l'offre faite au salarié dans sa lettre du 10 janvier 2010 et le refus de ce dernier, où ces éléments sont corroborés non seulement par la pièce 8 à savoir un mail le 22 novembre 2010 comportant une proposition de reclassement particulièrement détaillé adressée par Patrice Vintezoux au salarié qui même si aucun nom de destinataire n'y figure, commence par les mots 'Bonjour Eric' (et portant sur une proposition d'un poste orienté vers les relations publiques avec les prescripteurs c'est à dire la responsabilité et le management du service Villes) mais également une nouvelle pièce produite en appel pièce 25 constitué de l'attestation de M Roussey directeur de service-Villes rédigée 24 avril 2014 lequel déclare confirmer avoir eu avec Eric Maggiolo une conversation téléphonique concernant la proposition qui venait de lui être faite par Patrice Vintezout concernant la modification de poste au sein de la CGEO et auquel est annexé un mail en date du 22 novembre 2010 faisant état de cette conversation et du fait Eric Maggiolo lui a demandé *'confirmation pour le taux de com des DV' et où est évoqué 'le plaisir de travailler prochainement avec lui, lequel doit accepter si son ancienneté est reprise...'*.

Pour autant et en l'état du refus du salarié, l'employeur ne démontre pas avoir poursuivi sa recherche de reclassement notamment au sein du groupe auquel l'entreprise appartient et ne justifie pas qu'il aurait été dans l'impossibilité de le reclasser au sein du groupe.

Dans ces conditions, il convient de confirmer le jugement déferé qui a dit le licenciement sans cause réelle et sérieuse mais par substitution de motifs.

Tenant l'âge du salarié (48 ans) au moment de la rupture, de son ancienneté (17 ans et deux mois) de son dernier salaire mensuel brut (soit 7800 € au vu du bulletin de décembre 2010) de la

justification de sa situation après la rupture, de ce qu'il a été inscrit à Pôle Emploi le 27 janvier 2011 puis le 6 janvier 2012 et de ce qu'il ressort de l'attestation du cabinet expertise comptable Rhône sud qu'Eric maggiolo était gérant non appointé et non salarié de la Sarl Editions Multi Média Conseils pour 2011, l'indemnisation à hauteur de 78 000 € accordée par les premiers juges à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse doit être déclaré satisfaisant.

III Sur les autres demandes ou sur les demandes annexes

Aucun dommage et intérêt complémentaire ne saurait être accordé au salarié, la résistance de l'employeur ne pouvant être qualifiée d'abusive.

Les intérêts au taux légal sur les sommes sus visées seront dus dans les conditions précisées au dispositif.

Il y a lieu de faire application de l'article 700 du code de procédure civile et d'allouer à ce titre à l'intimé une indemnité complémentaire de 800 € pour la procédure d'appel, celle octroyée par les premiers juges étant confirmée;

L'employeur qui succombe ne peut bénéficier de cet article et doit être tenu aux dépens.

S'agissant d'un salarié de plus de deux ans d'ancienneté et d'une entreprise de plus de onze salariés, il y a lieu de faire application de l'article L.1235-4 du code du travail dans les conditions fixées au dispositif.

PAR CES MOTIFS

LA COUR

Infirmes le jugement déféré en ce qu'il a rejeté la demande d'Eric Maggiolo au titre des commissions,

Le confirme pour le surplus sauf à dire que c'est par substitution de motif pour la qualification du licenciement sans cause réelle et sérieuse,

Statuant à nouveau sur ce point, et y ajoutant,

Condamne la Sarl Compagnie Générale des Editions Officielles dite CGEO à payer à Eric Maggiolo en sus de indemnités confirmées les sommes suivantes:

-97545 € brut à titre de rappel de commissions y compris les congés payés,

-800 € à titre d'indemnité sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

Dit que les intérêts au taux légal sont dus sur la créance salariale (rappel de de commissions) à compter du 28 mars 2011 date de l'accusé de réception de la convocation de l'employeur devant le bureau de conciliation, et à compter du présent arrêt pour les autres sommes,

Ordonne le remboursement par la Sarl Compagnie Générale des Editions Officielles aux organismes sociaux concernés des indemnités de chômage éventuellement payées à Eric Maggiolo dans la limite de six mois,

Dit que conformément aux dispositions des articles L.1235-4 et R.1235-2 du Code du Travail, une copie du présent arrêt sera adressée par le greffe au Pôle Emploi du lieu où demeure le salarié,

Condamne la Sarl Compagnie Générale des Editions Officielles aux dépens d'appel.

LE GREFFIER LE PRESIDENT