

# **COUR D'APPEL D'AIX EN PROVENCE**

**9e Chambre C**

**ARRÊT AU FOND**

**DU 21 MARS 2014**

**N° 2014/ 184**

**Rôle N° 12/09772**

**Daniel SABBAN**

C/

**SAS FREE**

Grosse délivrée le :

à :

**-Me Juliette GOLDMANN, avocat au barreau de MARSEILLE**

**- Me Jean-Marc ALBIOL, avocat au barreau de PARIS**

Copie certifiée conforme délivrée aux parties le :

**Décision déferée à la Cour :**

Jugement du Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire de MARSEILLE - section E - en date du 24 Mai 2012, enregistré au répertoire général sous le n° 10/1930.

**APPELANT**

**Monsieur Daniel SABBAN**, demeurant 230, avenue du Prado - 13008 MARSEILLE

représenté par Me Juliette GOLDMANN, avocat au barreau de MARSEILLE

**INTIMEE**

**SAS FREE**, demeurant 8, rue de la Ville l'Evêque - 75008 PARIS

représentée par Me Jean-Marc ALBIOL, avocat au barreau de PARIS substitué par Me Naomi COHEN, avocat au barreau de PARIS

\*\_\*\_\*\_\*\_\*

**COMPOSITION DE LA COUR**

L'affaire a été débattue le **11 Février 2014** en audience publique devant la Cour composée de :

**Monsieur Louis-Marie DABOSVILLE, Président de Chambre**

Madame Catherine VINDREAU, Conseiller

Madame Laurence VALETTE, Conseiller

qui en ont délibéré

**Greffier lors des débats** : Madame Florence ALLEMANN-FAGNI.

Les parties ont été avisées que le prononcé public de la décision aurait lieu par mise à disposition au greffe le 21 Mars 2014.

## **ARRÊT**

### **CONTRADICTOIRE**

Prononcé par mise à disposition au greffe le **21 Mars 2014**.

Signé par **Monsieur Louis-Marie DABOSVILLE, Président de Chambre** et Madame Florence ALLEMANN-FAGNI, greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

### **FAITS, PROCÉDURE ET PRÉTENTIONS DES PARTIES**

Monsieur Daniel SABBAN a été engagé en qualité d'Attaché Commercial, par la société LIBERTY SURF le 28 juin 2000.

Sa rémunération était composée d'une partie fixe et d'une partie variable.

Par avenant au contrat de travail du 1er mars 2001, Monsieur SABBAN a été promu au statut de cadre.

Par avenant au contrat de travail du 30 septembre 2002, il était convenu un nouveau secteur composé des départements suivants: 04, 05, 06, 13, 83,84.

Au mois de juin 2002, le contrat de travail de Monsieur SABBAN a été transféré à la société TISCALI ACCES, suite au rachat de la société LIBERTY SURF.

Puis, à compter de janvier 2009, le contrat de travail de Monsieur SABBAN a été transféré à la société TELECOM ITALIA, suite au rachat de la société TISCALI ACCES.

Au mois de janvier 2009, le contrat de travail de Monsieur SABBAN était transféré à la société FREE, suite au rachat par la société FREE de la société TISCALI ACCES.

Le 31 octobre 2008 a été conclu un accord précisant les modalités de mise en place d'un Plan de Sauvegarde de l'Emploi dans le quel est prévu un Espace Info-Conseil à destination du personnel.

Par courrier du 24 avril 2009, Monsieur SABBAN était informé :

*« ... que les mesures prévues impliquent la suppression du poste d'Attaché Commercial sud-est, que vous occupez actuellement.*

*L'application de l'ordre des licenciements, vous a désigné comme être concerné par une mesure de licenciement pour motif économique.*

*Vous avez eu l'opportunité de vous porter candidat aux départs volontaires, ce que vous n'avez pas souhaité faire à la date d'aujourd'hui.*

*La direction s'est engagée à tout mettre en 'uvre pour favoriser votre reclassement au sein de la société FREE ou du Groupe ILIAD auquel elle appartient afin d'éviter, dans la mesure du possible, cette mesure de licenciement pour motif économique.*

*La présente lettre décrit les étapes à venir»*

Deux postes ont été proposés à Monsieur SABBAN que, par lettre du 24 avril 2009, l'intéressé a refusé.

Monsieur SABBAN a reçu le 28 mai 2009 la lettre de notification de son licenciement économique.

En dernier lieu, la rémunération moyenne mensuelle brute de Monsieur SABBAN s'élevait à 3 900,00 euros.

-----

Le 29 juin 2010, Monsieur SABBAN a saisi le Conseil de Prud'hommes de Marseille en contestation des motifs du licenciement économique.

-----

Par jugement du 24 mai 2012, le Conseil de Prud'hommes de Marseille a débouté les parties de leurs demandes principales et reconventionnelles.

-----

Monsieur SABBAN a interjeté appel de cette décision.

Au visa de ses conclusions écrites et réitérées lors des débats, et auxquelles la Cour se réfère quant aux prétentions et moyens invoqués, Monsieur SABBAN demande :

Vu les dispositions des articles L 1235-3, L 1235-4, L 1235-3 et suivants, L 1233-10 et suivants, L1233-60 et suivants, L 6323-17, L 6323-18, L 3662-14 et D. 6332-87 du Code du Travail,

Vu le Plan de Sauvegarde de l'Emploi de la société FREE,

- INFIRMER le jugement rendu le 24 mai 2012 par le Conseil des Prud'hommes de Marseille en ce qu'il a dit que l'action de Monsieur SABBAN était forclosée en application de l'article L 1235-7 du Code du Travail

*Statuant à nouveau,*

- DIRE ET JUGER l'action de Monsieur SABBAN recevable.

- DIRE et JUGER le licenciement de Monsieur SABBAN dépourvu de cause réelle et sérieuse,

*En conséquence:*

- CONDAMNER la société FREE à payer à Monsieur SABBAN, la somme de 93.600€ nets à titre de dommages-intérêts correspondant à 24 mois de salaire, sur le fondement de l'article L 1235-3 du Code du Travail,

- CONDAMNER la société FREE à rembourser à POLE EMPLOI six mois d'indemnités de chômage en application de l'article L 1235-4 du Code du Travail.

*En tout état de cause:*

- CONDAMNER la société FREE à payer à Monsieur SABBAN les sommes suivantes :

\* dommages-intérêts en réparation du préjudice subi pour défaut d'information sur la Convention de reclassement: 21.450 € nets

\* dommages-intérêts pour délivrance tardive des documents légaux: 3.900 € nets

\* dommages-intérêts au titre de la perte du droit individuel à la formation: 1.043 € nets

- CONDAMNER la société FREE à payer à Monsieur SABBAN, la somme de 3.000 € sur le fondement des dispositions de l'article 700 du Code de Procédure civile.

-----

Au visa de ses conclusions écrites et réitérées lors des débats, et auxquelles la Cour se réfère quant aux prétentions et moyens invoqués, la société Free demande de :

*In limine litis :*

- constater que Monsieur Sabban a saisi le Conseil de Prud'hommes de Marseille plus d'un an après son licenciement,

*En conséquence,*

- dire et juger que les demandes de Monsieur Sabban se heurtent à une fin de non-recevoir tirée de la prescription annale édictée à l'article L.1235-7 du Code du travail.

*Sur le fond :*

- Constater que le licenciement de Monsieur Sabban repose sur un motif économique réel et sérieux;

- Constater que la société Free a respecté son obligation de reclassement;

- Constater que la société Free a respecté son obligation en matière d'application des critères d'ordre des licenciements et définition des catégories professionnelles;

- Constater que la société Free n'a pas manqué à ses obligation à l'égard de Monsieur Sabban en termes d'information sur le congé de reclassement;

- Constater que Monsieur Sabban n'a subi aucun préjudice du fait de son acceptation du congé de reclassement;

- Constater que la société Free n'a manqué aucune de ses obligations en matière de remise des documents sociaux;

- Constater que Monsieur Sabban a été rempli de ses droits au titre de ses heures de DIF;

- Dire et juger que le licenciement de Monsieur Sabban repose sur une cause réelle et sérieuse;

- Dire et juger que la société Free a respecté l'ordre des licenciements;

*Et en conséquence:*

- débouter Monsieur Sabban de l'intégralité de ses demandes;

- condamner Monsieur Sabban à payer à la société Free la somme de 2.000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile;

- condamner Monsieur Sabban aux entiers dépens

### **MOTIFS DE LA DÉCISION**

#### **Sur la fin de non recevoir en raison de la forclusion des actions engagées par Monsieur SABBAN**

Le premier juge a fait droit au moyen soulevé par la société FREE au motif que Monsieur SABBAN, licencié pour motif économique par lettre recommandée avec accusé de réception en date du 28 mai 2009 n'a saisi le Conseil de Prud'hommes que le 29 juin 2010, soit plus d'un an après la notification de son licenciement ; qu'en vertu de l'article 1. 1235-7 du Code du Travail, toute contestation portant sur la régularité ou la validité du licenciement pour motif économique se prescrit par douze mois à compter de la notification du licenciement; que ce délai est opposable au salarié s'il en a été fait mention dans la lettre de licenciement et qu'en l'espèce cette mention figurait bien dans la lettre reçue par Monsieur SABBAN ; que dans ces conditions les demandes de ce dernier auraient été recevables si elles avaient été formulées avant le 28 mai 2010 ;

La société FREE soutient que cette motivation est conforme aux textes applicables et à certaines décisions des juges du fond ;

Cependant le délai de 12 mois visé par l'alinéa 2 de l'article 1. 1235-7 du Code du Travail, n'est applicable qu'en cas de contestation susceptible d'entraîner la nullité de la procédure de licenciement pour motif économique (absence ou insuffisance du Plan de sauvegarde de l'emploi) et en conséquence les contestations sur la cause réelle et sérieuse du licenciement échappent à ce délai abrégé ;

Il s'évince de ce qui précède que l'action de Monsieur SABBAN est recevable

Le jugement est en conséquence infirmé ;

#### **Sur le licenciement**

Le contenu de la lettre de licenciement en date du 2009 qui fixe les limites du litige précise ce qui suit:

*'Nous faisons suite à la lettre en date du 24 avril 2009 que nous vous avons envoyée par courrier recommandé avec accusé de réception, afin de vous proposer un reclassement potentiel au sein de notre groupe, sur lequel vous ne vous êtes pas positionné et vous notifions, par la présente, votre licenciement économique lié à la nécessaire sauvegarde de la compétitivité de la société Free (ci-après désignée la "Société").*

*La restructuration entreprise est liée à la sauvegarde de la compétitivité de notre société et repose tant sur la mutation de notre marché que sur les pertes engendrées par les structures ex LSG que la Société a absorbées pour faire face à ces mutations.*

#### **1. LA MUTATION DU MARCHE DE L'ACCES A INTERNET**

*Le marché sur lequel la Société et le Groupe Iliad interviennent est celui de l'accès Internet à haut débit. Ce marché connaît actuellement des mutations profondes auxquelles la Société doit faire face.*

### *1.1. La concentration des acteurs du marché*

*Le marché de l'accès à internet connaît une concentration de ses acteurs principaux et une intensification de la concurrence. En effet, le Groupe Iliad auquel notre Société appartient est le seul groupe indépendant intervenant dans ce secteur d'activité en France; il doit faire face à des groupes aux capacités financières importantes tels que Vivendi, France Télécom et le groupe nouvellement créé SFR-Neuf Cegetel. L'environnement concurrentiel devient particulièrement difficile pour notre groupe face à des acteurs ayant des capacités financières très importantes leur permettant de faire face aux investissements considérables nécessaires dans ce secteur.*

### *1.2 L'arrivée de nouvelles offres sur le marché*

*L'arrivée de nouvelles offres sur le marché telles que le Quadruple play permettent à de nouveaux acteurs de pénétrer le marché de l'accès à Internet à haut débit.*

### *2- 1.3. La transformation du marché*

*Les nouvelles transformations du marché (déploiement du très haut débit, futur standard du marché) dans un secteur où les mutations technologiques sont constantes vont nécessiter de nouveaux investissements très conséquents notamment pour le déploiement de la fibre optique pour conserver les parts de marché acquises. De même, le groupe Iliad projette aussi d'investir pour être un acteur de la mobilité et offrir à ses clients des services équivalents à ceux de ses concurrents.*

*Face aux moyens financiers de France Telecom et Vivendi, le Groupe Iliad se devait donc sur ses activités de dégager les ressources nécessaires pour faire face à ses investissements, qu'une base d'abonnés plus importante devait permettre de mieux amortir.*

## **2. LA CREATION D'UNE NOUVELLE STRUCTURE DONT LES PERTES OBERAIENT LA CAPACITE D'INVESTISSEMENT DU GROUPE**

*Ainsi, afin de répondre à l'intensification de la concurrence et à l'évolution structurelle du marché de l'accès à Internet haut débit, le Groupe Iliad, a acquis le 26 Août 2008, le groupe LSG, constitué des sociétés Liberty Surf Group SAS, Telecom Italia Sas et Intercall SA. Ce rapprochement a été suivi des fusions de Telecom Italia SAS et de Liberty Surf Group SAS suivi de la fusion des sociétés Liberty Surf Group SAS avec Free.*

*La constitution du nouvel ensemble "LSG/FREE" (le nouveau Free) a créé un acteur plus important du marché du haut-débit résidentiel en France. La création de ce nouvel ensemble devrait ainsi permettre de:*

*' dégager un ensemble de synergies très importantes favorisant le retour à l'équilibre et ainsi la pérennité de l'activité;*

*' bénéficier d'un effet de taille, à même d'amortir davantage les investissements nécessaires pour rester dans la compétition sur ce marché concurrentiel; à cet effet, l'acquisition de l'ensemble LSG a permis d'acquérir plus de 800.000 nouveaux abonnés.*

*Toutefois, si l'adossment du Groupe Liberty Surf à FREE SAS a permis la poursuite de l'activité d'Alice, les difficultés économiques structurelles des anciennes entités LSG rendaient nécessaires une restructuration du nouvel ensemble ainsi créé.*

*En effet, les comptes consolidés du Groupe Liberty Surf au 31 décembre 2007 soulignent les difficultés économiques structurelles de cette entité qui n'a jamais connu d'exercice bénéficiaires et a enregistré des pertes cumulées depuis 2005 de près de 600 M€. Ainsi, malgré un chiffre d'affaires en hausse (+82 % entr, 2005 et 2007), le résultat net a été significativement négatif - 223 millions d'euros en 2007 et - 300 millions d'euros sur les 9 premiers mois de l'année 2008. Plus préoccupant, l'EBITDA (résultat opérationnel avant amortissement) est structurellement négatif: - 57,4 millions d'euros en 2001 et - 55 millions d'euros sur les 9 premiers mois de l'année 2008. Le nouvel ensemble "LSG/FREE" est donc structurellement déficitaire alors même que le besoin d'investissement est très important pour déployer une offre très haut débit et mobilité, futur standard du marché.*

*Ainsi, compte tenu des investissements nécessaires pour la fibre optique (1 milliard d'euros d'ici 2012) ou d'une éventuelle acquisition de la 4e licence UMTS (1,5 milliards d'euros), le résultat de Free est insuffisant pour sauvegarder sa compétitivité. Free n'a donc d'autre choix que de se réorganiser pour diminuer les charges d'exploitation pour financer les investissements requis par l'évolution du marché, sous peine d'en être irrémédiablement écarté par ses concurrents. .*

*Les conséquences sociales de cette réorganisation ont contraint la Société à mettre en oeuvre un plan de sauvegarde de l'emploi, qui a été soumis à l'information et à la consultation du comité d'entreprise achevée le 23 avril 2009.*

*Dès lors que la suppression de votre poste est une conséquence de la réorganisation du Groupe et du plan de restructuration susvisés, vous bénéficiez des mesures du plan de sauvegarde de l'emploi y afférent, réservées aux salariés licenciés n'ayant pas souhaité bénéficier de mesures de reclassement interne.*

*Ainsi, il a été décidé de procéder à la suppression de la catégorie professionnelle ATIACHE COMMERCIAL RETAIL Le poste de ATIACHE COMMERCIAL SUD EST que vous occupez actuellement fait parti (sic) de cette catégorie professionnelle. Par conséquent, votre poste est supprimé.*

*La Société a déployé tous les efforts possibles pour vous reclasser au sein du Groupe et a pris contact avec les différentes sociétés du Groupe afin de recenser les postes disponibles qui pouvaient vous être proposés. Il vous a été proposé par lettre en date du 24 avril 2009, à titre de reclassement, les postes suivant:*

*Attachés commerciaux*

*Conseiller clientèle (différentes filières)*

*Vous n'avez pas donné suite à ces propositions.*

*Conformément à l'article L. 1233-71 s. du Code du travail, vous avez la possibilité d'adhérer au congé de reclassement. Vous disposez d'un délai de 8 jours à compter de la présente pour faire connaître votre position. Si vous souhaitez bénéficier de cette proposition, merci de bien vouloir nous retourner le bulletin ci-joint.*

*L'absence de réponse de votre part dans ce délai vaut refus de cette proposition.*

*La date de première présentation de ce courrier recommandé constituera le point de départ de votre préavis d'une durée de 3 mois, que nous vous dispensons d'exécuter conformément aux dispositions du plan de sauvegarde de l'emploi.*

*Le jour de votre départ physique de la Société, vous voudrez bien nous restituer l'ensemble des documents, matériels et équipements appartenant à la Société et qui sont en votre possession.*

*Nous vous informons également que nous vous libérons de toute clause de non-concurrence qui serait stipulée dans votre contrat de travail ou avenant à celui-ci et qu'aucune contrepartie financière ne vous est donc due en conséquence.*

*Vous disposez à ce jour d'un crédit de 114 heures de formation au titre du droit individuel à la formation. Vous pouvez demander, avant la fin de votre préavis, à bénéficier à ce titre d'une action de formation, de bilan de compétences ou de validation des acquis de l'expérience.*

*Nous vous rappelons que vous bénéficierez d'une priorité de réembauchage durant un délai d'un an à compter de la date de rupture de votre contrat, à condition que vous nous informiez par courrier de votre volonté d'en user. Cette priorité concerne les postes disponibles compatibles avec votre qualification actuelle ainsi que ceux qui correspondraient à une nouvelle qualification acquise après le licenciement sous réserve, cependant, que vous nous la fassiez connaître.*

*Vous disposez d'un délai de 12 mois à compter de la notification de votre licenciement pour en contester la régularité ou la validité. '*

Aux termes de l'article L.1233-3 du code du travail, constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel de son contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques.

Une réorganisation de l'entreprise, lorsqu'elle n'est pas liée à des difficultés économiques ou des mutations technologiques, peut constituer une cause économique de licenciement à condition qu'elle soit effectuée pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou pour prévenir des difficultés économiques liées à des évolutions technologiques et leurs conséquences sur l'emploi.

#### Sur le caractère réel et sérieux du motif économique ayant conduit la société Free à procéder au licenciement de Monsieur Sabban

La société FREE soutient que cette décision est incontestablement fondée au regard de la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise Free SAS en raison des éléments suivants:

- la concentration des acteurs du marché : s'appuyant sur un rapport d'expertise réalisé par le cabinet Tandem, expert du Comité d'entreprise, la société FREE avance que le marché du haut débit était, en janvier 2009, un secteur arrivé à maturation, les entreprises, particuliers et autres consommateurs d'accès à Internet, étant pour une grande majorité déjà équipés du matériel nécessaire et que, en l'absence de développement potentiel du marché, les marges ne pouvaient subsister qu'en réalisant des économies d'échelle opérées via un mouvement de concentration des acteurs, comme en témoigne le fait que le groupe Neuf Cegetel a fusionné avec le groupe SFR courant 2008 avant de racheter les fournisseurs d'accès Internet AOL et Numéricâble ;

L'employeur souligne qu'ainsi, au dernier trimestre 2008, Iliad via Free SAS, Liberty Surf Group et Telecom Italia avaient recruté 100.000 abonnés contre 137.000 à la même période l'année précédente, lors que dans le même temps, le groupe SFR - Neuf Cegetel recrutait plus de 150.000 nouveaux clients, loin devant les sociétés du Groupe Iliad ;

Qu'ainsi que le précisait le rapport d'expertise, le marché de l'accès au haut débit est un marché oligopolistique, en quasi maturité, sur lequel opèrent trois acteurs : un leader Orange (France Telecom) et deux suiveurs, Iliad et SFR- Neuf Cegetel, lequel avait démontré sa force de frappe auprès des consommateurs au dernier trimestre 2008, là où le groupe Iliad était en perte de vitesse ; que l'essoufflement de la société Free SAS était également visible au regard du fléchissement notable de son taux de croissance interne, lequel s'est trouvé divisé par 2 entre 2007 et 2008 passant

de 29,7% à 16,3% ;

Que, parallèlement à cette concentration, s'observait également l'arrivée de nouveaux acteurs dans le domaine du haut débit, tels que Darty, the Phone House, dont l'intervention sur le marché du haut débit, accessoire à leur activité principale, contribuait à la saturation du marché ;

#### - l'arrivée de nouvelles offres et transformation du marché

Selon l'intimée, face à l'arrivée de nouvelles offres telles que le quadru-play (couplage de la téléphonie fixe, de l'accès à internet, de la téléphonie mobile et de l'accès à la télévision en numérique), le Groupe Iliad présentait en 2008 la faiblesse de ne pas être "momentanément" présent dans le domaine de la téléphonie mobile, prenant ainsi du retard par rapport à ses concurrents Orange (France Télécom) et SFR Neuf-Cegetel (Groupe Vivendi), qui occupaient tous les segments du marché de la communication, internet et mobile ; qu'alors que les groupes Vivendi et France Télécom avaient déjà investi dans le développement de la fibre optique et conclu un accord pour le déploiement de la fibre optique le 16 décembre 2008, le groupe Iliad n'avait franchi aucune de ses étapes alors que le développement de ces réseaux, permettant un plus haut débit d'internet ainsi qu'un meilleur accès à la télévision en haute définition, nécessitait un investissement colossal (de l'ordre d'un milliard d'euros selon le rapport d'expertise) ;

Qu'afin d'offrir à ses clients les mêmes offres que ses concurrents, la société Free SAS devait être en mesure de dégager les ressources nécessaires pour faire face à ces investissements, étant rappelé que l'acquisition de la quatrième licence de téléphonie mobile, financée par Free SAS qui génère 97 % du chiffre d'affaire du groupe Iliad, devait représenter un coût d'1,5 milliards d'euros ;

#### - Les déficits structurels des sociétés Telecom Itafia France et Liberty Surf obéraient la capacité de financement du groupe Iliad.

La société FREE argue sur ce point de ce que, si la seule société Free avait effectivement une santé financière saine, sa fusion avec les sociétés Liberty Surf Group et Télécom Itafia avait sensiblement impacté ses résultats.

Qu'en effet, le Groupe Liberty Surf était structurellement déficitaire:

- En 2005 : les pertes du groupe Liberty Surf s'élevaient à 91.415.855 d'euro, soit 97.090.416 euros de pertes pour la société Telecom Italia France partiellement compensées par le faible bénéfice de 5.674.561 d'euros de la société Liberty Surf Group;

- En 2006 : les pertes du groupe Liberty Surf s'élevaient à 204.452.329 d'euros, soit 201.066.228 (deux cent un millions soixante-six mille deux-cent vingt-huit) d'euros de pertes pour la société Telecom Italia France et 3.386.101 (trois millions trois quatre-vingt-six mille cent un) d'euros de pertes pour la société Liberty Surf Group.

- En 2007 : les pertes du groupe Liberty Surf s'élevaient à 218.360.585 millions d'euros, soit 213.709.801 (deux cent treize millions sept cent neuf mille huit cent un) euros de pertes pour la société Telecom Italia France et 4.650.784 (quatre millions six-cent-cinquante mille sept cent quatre-vingt-quatre) euros de pertes pour la société Liberty Surf Group.

- Au cours des 9 premiers mois de l'année 2008, le résultat net de la société Liberty Surf Group était de - 300 millions d'euros et les pertes d'exploitations de la société Telecom Italia France s'élevaient à 152 millions d'euros, soit la moitié du chiffre d'affaires et les pertes nettes à 182 millions d'euros;

-Telecom Italia était l'opérateur historique le plus endetté d'Europe avec 36 milliards d'euros de dettes et les résultats consolidés du Groupe Liberty Surf démontrent que ce dernier n'a jamais connu

d'exercice bénéficiaire : à la date de réafisation de l'expertise par le Cabinet Tandem, Telecom Italia France annonçait un résultat d'exploitation au titre de 2008 représentant une perte de 335 millions d'euros, soit près d'un million d'euros par jour ;

Que, s'agissant de la fusion des comptes de la société Liberty Surf Groupe avec ceux de la société Free SAS, il en est résulté une perte de 82 millions d'euros pour la société Free SAS qui avait pourtant généré un bénéfice de 137 millions d'euros en 2007, le résultat d'exploitation entre 2007 et 2008 chutant quant à lui de 18,9 %, malgré un chiffre d'affaires en hausse ;

La société FREE en déduit que, dans ces conditions, en terme d'appréciation du motif économique, ces éléments démontrent sans aucune équivoque les fragilités structurelles de la société Free SAS issue de la fusion avec les entités Liberty Surf Group et Telecom Italia France, et que, si l'acquisition du Groupe Liberty Surf, et partant de la marque Alice qui était la dernière marque indépendante du secteur de l'accès au haut débit, était indispensable au groupe Iliad pour accroître sa base d'abonnés et ainsi mieux amortir les investissements rendus indispensables par les mutations du marché, il est incontestable que la compétitivité de la société Free SAS, et partant du secteur d'activité internet haut débit du Groupe Iliad, était sensiblement menacée par ses concurrents (Groupe France Telecom et Groupe Vivendi) dont la capacité financière était sans commune mesure ;

La société Free SAS considère en conséquence qu'il est avéré qu'elle n'avait d'autre choix que de procéder à une réorganisation de ses activités afin d'espérer se maintenir sur le marché et procéder aux investissements nécessaires, et qu'ainsi elle justifie de la menace qui pesait sur sa compétitivité, et partant, d'un motif économique et sérieux ;

Force est cependant de constater que l'examen de ces éléments et explications dont se prévaut la société FREE ne conduit pas à valider le licenciement sur lesquels repose cette décision ;

Il est en effet patent que l'opération princeps de rachat de LSG ( 'ALICE) suivie de la fusion LSG-FREE allait entraîner des réductions d'effectifs, ce dont les salariés ont été avisés dès octobre 2008 ;

La société FREE allègue ainsi de la nécessité de faire face aux nouvelles contraintes qui s'imposaient à elles-et qui en réalité étaient pour partie incluses par elle ans dans l'opération elle même ; pour autant si la rentabilité à moyen ou court terme de cette acquisition se trouve ainsi qualifiée de réorganisation, il n'est pas justifié de données nouvelles imposant les licenciements effectués : la situation financière de la société Liberty Surf Group ne pouvait être ignorée de la société FREE et la question de la compétitivité de la société Free SAS, et du secteur d'activité internet haut débit du Groupe Iliad ne constituait pas une découverte ;

Il s'évince de ce qui précède que c'est la pertinence même de l'opération initiale qui est en cause, laquelle incluait dans sa conception même la réorganisation sur laquelle entend justifier les licenciements ;

La société FREE se prévaut dans ses écritures de l'apport du rapport d'expertise réalisé par le cabinet Tandem, expert du Comité d'entreprise;

Cependant ce document, très complet et circonstancié, comporte nombre de réserves : d'une part sur la pertinence de l'opération, les conclusions (p 87) du rapport étant dubitatives sur cette question ; les experts s'interrogent en effet sur la stratégie de FREE, notant '*en abandonnant le B2B Iliad est mono clients à la différence de ses deux principaux concurrents*', puis '*était-ce opportun d'abandonner le marché aux autres acteurs*' '*Ne fallait il pas rebondir sur l'expérience acquise chez Alice*' -les rédacteurs ajoutant '*on veut arrêter des activités qui ne sont pas rentables et qu'on ne sait pas rendre rentables..notamment les activités B2B*' ;

Doit, d'autre part, être relevé qu'en parallèle le rapport insiste sur la question des 'moyens humains' pointant, parmi les nombreuses interrogations soulevées par la stratégie de FREE, l'importance de la qualité des services et dans sa conclusion portant sur la fusion le fait que '*la place de la main d'oeuvre dans les comptes est assez faible avec 9% de la valeur ajoutée contre 41% pour les amortissements*' ;

Il découle de ce qui précède que la décision de licencier a été intégrée sans justification autre qu'un choix financier préventif parmi d'autres dès lors qu'elle a été faite dans le cadre d'une opération elle-même aléatoire et sujette à discussion, sans que la suppression de cette main d'oeuvre apparaisse pertinente et en tout état de cause, indispensable en raison d'une menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise, laquelle ne pouvait être éventuellement affectée que par la stratégie même de l'opération au sein de laquelle le poids salarial était, il l'a été dit, mineur ;

Le licenciement de Monsieur SABBAN est en conséquence sans cause réelle et sérieuse;

### **Sur le respect par la société Free des catégories professionnelles**

Lorsque le licenciement d'un salarié est dépourvu de cause réelle et sérieuse, il ne peut cumuler des indemnités pour perte injustifiée de son emploi et pour inobservation de l'ordre des licenciements.

Il n'y a donc pas lieu, après avoir retenu l'absence de cause réelle et sérieuse, d'examiner le moyen relatif aux critères d'ordre de licenciement.

### **Sur les incidences indemnitaires**

*- indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse*

Au visa de l'article L 122-14-4 devenu L 1235-3 du code du travail applicable en l'espèce, et tenant à l'ancienneté de 9 ans du salarié, à son âge, sa qualification, et à sa rémunération, ainsi qu'aux circonstances de la rupture, et de tous éléments de préjudice soumis à appréciation, il convient de fixer l'indemnité à la somme de 40 000 euros ;

En application de l'article L 1235-4 du code du travail, à partir des éléments produits par la salariée, l'employeur devra rembourser à l'organisme intéressé les indemnités de chômage versées à Monsieur SABBAN dans la limite du plafond prévu par ce texte.

### **Sur l'adhésion au congé de reclassement**

Monsieur SABBAN soutient que, astreint à une obligation de renseignements de bonne foi, et tenu d'informer loyalement les salariés des risques que peuvent présenter les emplois de reclassement proposés l'employeur ne lui a fourni aucune information précise sur le différentiel d'indemnités et les conséquences d'adhésion à la Convention de reclassement personnalisé ;

Que si la société FREE avait mis en place, un relais « mobilité emploi » en vue du reclassement des salariés dont le licenciement pour motif économique était imminent, il n'a en effet reçu les informations qu'a posteriori de la part du Cabinet ALTEDIA, et a constaté qu'il aurait pu bénéficier d'une somme de 21.450 € supplémentaire en refusant d'adhérer à la Convention de reclassement personnalisé qui, compte tenu de son âge, ne pouvait lui offrir aucune opportunité ; qu'en effet, s'il avait bénéficié d'une information loyale et complète, il n'aurait pas accepté le congé de reclassement et aurait bénéficié d'une indemnité de départ plus importante, d'un montant global de 19 mois (soit 74.100 €) au lieu des 13,5 mois de salaire dont il a bénéficié (soit 52.650 €) ; que par conséquent, la société FREE doit réparer le préjudice subi, soit une perte de 21.450 € ;

Monsieur SABBAN précise ainsi que, par courriel du 3 juin 2009, il a demandé à Madame de NEVE,

du service des Ressources humaines, quel serait le montant exact de son indemnité de départ s'il acceptait le congé de reclassement, ou s'il le refusait, précisant que ces renseignements s'imposaient pour qu'il puisse prendre sa décision dans le délai de 8 jours qui lui était imparti, mais qu'il n'a reçu aucune réponse;

Que, dans ces conditions, le 3 juin 2009, il avait pris la décision seul, d'accepter le congé de reclassement sans aucune explication, ni accompagnement de la part de la Direction, étant convaincu qu'il percevrait une indemnité du même montant en cas d'acceptation ou de refus du congé de reclassement, c'est-à-dire 19,5 fois le salaire brut mensuel ;

Monsieur SABBAN ajoute encore qu'il avait obtenu des rendez-vous auprès du Cabinet ALTEDIA mais qu'à aucun moment il n'a été renseigné sur le montant des indemnités auxquelles il pouvait prétendre en fonction du choix qu'il faisait, ce cabinet se trouvant dans l'incapacité de le renseigner sur les mesures financières destinées à accompagner son départ ;

Que, lors d'une réunion du 30 mars 2010, une conseillère du cabinet ALTEDIA, lui indiquait qu'il avait été « mal conseillé » et qu'accepter le congé de reclassement n'avait aucun intérêt dans sa situation, compte tenu de son âge (62 ans) et qu'il était plus avantageux pour lui de ne pas adhérer au congé de reclassement et de bénéficier, dans ce cas, d'une prime d'un montant de 20.000 € en plus, outre des indemnités de chômage plus élevées ;

La société FREE conteste tant le principe que la portée de cette demande ; elle souligne que le PSE avait clairement explicité les modalités du choix offert aux salariés et que, par un entretien du 21 janvier 2009, Monsieur SABBAN aurait été informé par le Cabinet Altédia de l'incidence de l'acceptation du congé de reclassement sur le montant des indemnités à percevoir-ce que conteste l'intéressé qui prétend qu'aucune information ne lui a été donnée ; que l'intéressé a reçu une nouvelle information le 24 avril 2009 ;

La société FREE expose ensuite que, en tout état de cause, le choix fait par Monsieur SABBAN , et contesté ensuite, lui était favorable compte tenu de ce que, en n'en limitant pas la portée aux seules indemnités perçues, ce salarié a perçu pendant les neuf mois du congé de reclassement, l'intégralité de ses salaires outre une indemnité supplémentaire de 18 907, 56 €, et le maintien de divers avantages, dont la garantie mutualiste, les droits au régime de retraite ;

Force est de constater, en premier lieu, que le document communiqué par la société FREE le 24 avril 2009 ne permet pas à Monsieur SABBAN de dire qu'aucune information ne lui a été donnée, dès lors qu'il précisait, notamment, que le contrat de travail serait maintenu pendant toute la durée du congé ;

Qu'ensuite les explications données par Monsieur SABBAN ne sont pas susceptibles d'accréditer sa thèse, dans la mesure où elles reposent tout à la fois sur le moyen tiré de la responsabilité propre de l'employeur, puis de celle du Cabinet Altédia, sans que , dans les deux cas, l'intéressé justifie de ses critiques actuelles ;

Il apparaît en effet singulier que Monsieur SABBAN , qui était au fait du choix à opérer, ait attendu le jour même de sa décision pour prendre les renseignements indispensables et, surtout, qu'il ait fait un tel choix sans réponse de ses interlocuteurs qu'il avait instamment sollicités à ce sujet ; les échanges nombreux entre l'intéressé et la société FREE, puis avec le Cabinet Altédia démontrent que Monsieur SABBAN était décidé à faire valoir ses droits et en mesure de le faire ; il n'existe aucune preuve de l'épisode du 30 mars 2010 valant révélation de la faute de conseil qui ne serait du reste imputable qu'à Altédia, puisque Monsieur SABBAN prétend n'avoir pas eu de réponse de l'employeur, et il n'est pas pensable que lors des multiples entretiens et contacts mails avec ce cabinet la question n'ait pas été abordée ;

En tout état de cause, la société FREE démontre que le choix fait par Monsieur SABBAN n'était a

priori nullement contraire à ses intérêts ; que l'intéressé entende ensuite en faire une analyse autre ne permet d'en rejeter la responsabilité sur des tiers ;

La demande est rejetée ;

### **Sur l'envoi tardif des documents sociaux**

Monsieur SABBAN soutient qu'il a été contraint de réclamer à plusieurs reprises son attestation d'assurance chômage et son certificat de travail, les documents qui lui avaient été initialement adressés par le service des ressources humaines n'étant pas des documents originaux et qu'il a donc subi préjudice du fait de son inscription tardive auprès de POLE EMPLOI ;

L'article R 1234-9 du Code du Travail dispose :

*«L'employeur délivre au salarié, au moment de l'expiration ou de la rupture du contrat de travail, les attestations et justifications qui lui permettent d'exercer ses droits aux prestations mentionnées à l'article L. 5421-2 et transmet ces mêmes attestations aux organismes gestionnaires du régime d'assurance chômage».*

Or ces documents sont quérables, non portables ;

En l'espèce Monsieur SABBAN a réclamé qu'ils lui sont envoyés, mais il ne prétend pas qu'il s'est heurté à l'inertie ou au refus de l'employeur de les lui tenir à disposition ;

En conséquence le moyen n'est pas fondé ;

### **Sur la Perte du DIF**

Monsieur SABBAN bénéficiait d'un crédit de 114 heures de formation au titre du Droit individuel à la Formation ;

Il expose que la société FREE a bien indiqué dans la lettre de licenciement la possibilité qu'il avait de suivre une formation au titre de son droit individuel à la formation pour un total de 114 heures, mais que, lorsque il a écrit à l'employeur pendant son préavis le 3 juin 2009 pour lui indiquer son souhait de suivre une formation à Marseille et d'obtenir de plus amples informations pour bénéficier d'« un bilan de compétence» ou « d'une validation des acquis de l'expérience », aucune réponse ne lui était apportée ; que, de même, lorsqu'au mois d'avril 2010, il a adressé un devis pour un organisme de formation en «management et relations clients », la Direction a maintenu son silence ;

Monsieur SABBAN estime en conséquence que, ayant été privé par l'employeur d'exercer son droit individuel à la formation, il est dès lors bien fondé à réclamer des dommages et intérêts pour le préjudice subi, et il réclame à ce titre la somme de 1.043 € correspondant à l'enveloppe qui aurait dû légalement lui être accordée par la société FREE (9,15 € x 114 heures) et ce, quelque soit le nombre de formations dont il a pu bénéficier pendant son congé de reclassement ;

L'article L 6323-17 du Code du Travail mentionne que:

*« Le droit individuel à la formation est transférable en cas de licenciement du salarié, sauf pour faute grave ou faute lourde.*

*Dans ce cas, le montant de l'allocation de formation correspondant aux heures acquises au titre du droit individuel à la formation et n'ayant pas été utilisées est calculé sur la base du salaire net perçu par le salarié avant son départ de l'entreprise.*

*Lorsque le salarié en fait la demande avant la fin du préavis, les sommes correspondant à ce montant doivent permettre de financer tout ou partie d'une action de bilan de compétences, de validation des acquis de l'expérience ou de formation. A défaut d'une telle demande, le montant correspondant au droit individuel à la formation n'est pas dû par l'employeur ».*

L'article L 6323-18 du même Code stipule:

*« Dans la lettre de licenciement, l'employeur informe, s'il y a lieu, le salarié de ses droits en matière de droit individuel à la formation, notamment de la possibilité de demander pendant le préavis à bénéficier d'une action de bilan de compétences, de validation des acquis de l'expérience ou de formation. »*

Monsieur SABBAN ne soutient pas n'avoir pas été informé de ses droits ; il fait lui même état d'un courriel du 3 juin 2009 par lequel il a réclamé des informations sur l'exercice de son Droit individuel à la Formation, en indiquant qu'il ne trouvait aucun organisme qui accepterait de faire 114 heures avec le faible budget qui lui était alloué ;

Il mentionne que lorsqu'au mois d'avril 2010, il a adressé un devis pour un organisme de formation en « management et relations clients », la Direction a de nouveau maintenu le silence ;

Pour autant, ces correspondances ne justifient pas que Monsieur SABBAN ait été « placé dans l'impossibilité d'exercer son droit individuel à la formation par le fait de l'employeur », et fondé à réclamer des dommages et intérêts en réparation du préjudice prétendument subi ;

La demande est rejetée ;

#### **Sur les autres demandes**

Sera, en application de l'article L 1235-4 du Code du Travail, ordonné le remboursement par l'employeur à Pôle emploi des indemnités de chômage payées à Monsieur SABBAN à la suite de son licenciement, dans la limite de six mois ;

Les créances indemnitaires ne produisent intérêts moratoires que du jour de leur fixation judiciaire.

#### **Sur l'application de l'article 700 du code de procédure civile**

Aucune considération tirée de l'équité ne conduit à condamner l'une ou l'autre des parties sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

### **PAR CES MOTIFS**

**LA COUR, statuant par décision prononcée par mise à disposition au greffe, contradictoirement et en matière prud'homale,**

Déclare l'appel recevable en la forme.

Infirme le jugement du Conseil de Prud'hommes de Marseille en toutes ses dispositions

#### **Statuant à nouveau**

Dit les demandes de Monsieur SABBAN recevables

Dit le licenciement de Monsieur SABBAN sans cause réelle et sérieuse

Condamne la société FREE à payer à Monsieur SABBAN la somme de 40 000 euros au titre de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse

Dit que les créances indemnitaires ne produisent intérêts moratoires que du jour de leur fixation judiciaire.

Ordonne le remboursement par la société FREE à Pôle emploi des indemnités de chômage payées à Monsieur SABBAN à la suite de son licenciement, dans la limite de six mois ;

Dit n'y avoir lieu à faire application de l'article 700 du code de procédure civile

Rejette toutes autres demandes

Condamne la société FREE aux dépens de l'instance.

**LE GREFFIER LE PRÉSIDENT**