

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 6 - Chambre 5

ARRÊT DU 19 Novembre 2015

(n° , 7 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **S 13/00912**

Décision déferée à la Cour : jugement rendu le 13 Novembre 2012 par le Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire de PARIS - Section encadrement - RG n° 11/09259

APPELANTE

Madame Fabienne BERCHERY

17 rue Mathieu Dumoulin

59230 ST AMAND LES EAUX

née le 07 Août 1973 à PARIS (75010)

représentée par Me Alissar ABI FARAH, avocat au barreau de PARIS, toque : A0536

INTIMÉE

SAS CONCERTO

26 rue Emile Decorps

69100 Villeurbanne

N° SIRET : B 4 798 106 65

représentée par Me Manuella FAUVEL, avocat au barreau de RENNES

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions de l'article 945-1 du Code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 13 Octobre 2015, en audience publique, les parties ne s'y étant pas opposées, devant Madame Marie-Liesse GUINAMANT, Vice-Présidente placée , chargée d'instruire l'affaire.

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

Madame Marie-Bernard BRETON, Présidente

Madame Anne-Marie GRIVEL, Conseillère

Madame Marie-Liesse GUINAMANT, Vice-Présidente placée

qui en ont délibéré

Greffier : Madame Laura CLERC-BRETON, lors des débats

ARRÊT :

- contradictoire

- mis à disposition au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du Code de procédure civile,

- signé par Madame Marie-Bernard BRETON, Présidente et par Madame Laura CLERC-BRETON, Greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

EXPOSÉ DU LITIGE ET PRÉTENTIONS RESPECTIVES DES PARTIES

Mme Fabienne BERCHERY a été engagée par la société CONCERTO en qualité de cadre acheteur junior, suivant contrat écrit à durée indéterminée en date du 4 juillet 2005.

Par courrier en date du 26 novembre 2010, la société CONCERTO a proposé à Mme Fabienne BERCHERY, en invoquant la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise, une modification de son contrat de travail, portant sur le lieu d'exécution de celui-ci, son poste et sa rémunération.

Par courrier du 7 décembre 2010, Mme Fabienne BERCHERY a refusé lesdites modifications.

Par courrier du 27 janvier 2011, la société CONCERTO a convoqué Mme Fabienne BERCHERY à un entretien préalable à un éventuel licenciement pour motif économique fixé au 7 février suivant. Lors de cet entretien, lui a été remise la convention de reclassement personnalisée et un courrier précisant les motifs économiques pour lesquels une procédure de licenciement avait été initiée.

Par courrier en date du 17 février 2011, Mme Fabienne BERCHERY a été licenciée pour motif économique.

Par courrier du 23 février 2011, Mme Fabienne BERCHERY a refusé la convention de reclassement personnalisée.

Le 30 juin suivant, elle a saisi le conseil de prud'hommes de Paris d'une demande de paiement de diverses sommes au titre tant de l'exécution que de la rupture de son contrat de travail.

Par jugement en date du 13 novembre 2012, notifié le 4 janvier 2013, le conseil a :

- débouté Mme Fabienne BERCHERY de sa demande de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse et défaut d'organisation des élections professionnelles,

- condamné la société CONCERTO à lui verser la somme de 5 000 euros à titre de prime sur objectifs, outre 500 euros au titre des congés payés y afférents,

- condamné la société CONCERTO à la somme de 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, outre les dépens.

Le 1er février 2013, Mme Fabienne BERCHERY a interjeté appel de cette décision.

Vu l'article 455 du code de procédure civile ;

Vu les conclusions déposées le 13 octobre 2015, auxquelles il est renvoyé pour un exposé complet des prétentions et moyens, reprises oralement à l'audience, sans ajouts ni retraits, par Mme Fabienne BERCHERY, qui demande à la Cour de confirmer le jugement entrepris en ce qui concerne les rappels de salaire sur objectifs et de condamner la société intimée au paiement, avec intérêts au taux légal à compter de la saisine du conseil de prud'hommes, des sommes suivantes :

- 16 500 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,
- 2 713 euros à titre de dommages et intérêts pour défaut de mise en place d'élections professionnelles,
- 2 000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile, outre les dépens ;

Vu les conclusions déposées le 13 octobre 2015, auxquelles il est renvoyé pour un exposé complet des prétentions et moyens, reprises oralement à l'audience, sans ajouts ni retraits, par la société CONCERTO, qui demande à la Cour de :

- débouter Mme Fabienne BERCHERY de l'ensemble de ses prétentions ;
- condamner Mme Fabienne BERCHERY au paiement de la somme de 2 000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile, outre les dépens ;

SUR QUOI, LA COUR

Sur le licenciement

En ce qui concerne le motif économique du licenciement

Attendu en premier lieu que les termes de la lettre de licenciement fixant les limites du litige, il convient de rappeler que Mme Fabienne BERCHERY a été licenciée pour motif économique par lettre du 17 février 2011 aux motifs suivants :

« Cette mesure résulte de votre refus d'accepter la proposition de modification de votre contrat de travail que nous vous avons adressée dans le cadre de la réorganisation de notre société.

Cette réorganisation, à laquelle nous avons procédé, était indispensable afin de sauvegarder la compétitivité de la société sur son secteur d'activité.

Nous vous rappelons ci-après les raisons économiques nous ayant conduit à la mise en 'uvre de cette réorganisation.

CONCERTO est une structure de services, représentant et agissant pour le compte et l'intérêt d'adhérents grossistes indépendants (25).

Elle est orientée autour des 2 axes :

- *Achats et Référencement*
- *Marketing vente.*

La Société CONCERTO et le groupement évoluent dans un contexte concurrentiel difficile ; la centrale CONCERTO doit actuellement faire face, d'une part à des décisions stratégiques prises par les opérateurs du marché et, d'autre part aux inquiétudes et insatisfactions formulées par ses adhérents. Ces différents éléments impactent l'activité de CONCERTO et mettent en péril la

sauvegarde de compétitivité du Groupement.

' Nos concurrents

Les réseaux concurrents se sont organisés de manière à être très actifs sur des canaux de communication et de distributions novateurs, notamment par la mise en place de plateformes internet.

Ces réseaux concurrents ont également développé une stratégie de rationalisation de leur activité qui leur permet d'obtenir une meilleure attractivité et réactivité sur le marché.

Ces opérations de rationalisation se sont notamment traduites par le choix d'implantation géographique cohérente avec l'activité développée et moins coûteuse qu'une implantation en région parisienne.

Ces réseaux ont privilégié des villes de province, de diverses tailles mais pas nécessairement les principales.

Ce faisant, ils bénéficient de frais de structure moindres et peuvent ainsi mieux accompagner et financer leur développement et leurs projets commerciaux et structurants.

Les bonnes évolutions de leurs parts de marché montrent que leur implantation géographique a contribué à leur développement, puisqu'ils présentent des croissances et des tailles supérieures à celles de CONCERTO, comme le montre le tableau ci-dessous : [...].

Parallèlement, nos concurrents se sont organisés de manière à privilégier leurs missions principales ce qui leur permet d'être très attractifs au regard des grossistes et revendeurs sur le marché. Ces choix se sont traduits par :

- des délocalisations de siège (discounteo)

- des concentrations financières et participations croisées, permettant d'atteindre des tailles critiques, facteurs de stabilité (Gitem, GPDis)

- des constitutions de stocks communs et des plateformes logistiques (à l'image de Gitem, GPDis), et des regroupements de fonctions centrales, d'achats en particulier (Exial)

- le développement de sites de vente en ligne sur internet pour accompagner ou compléter les ventes des réseaux traditionnels, des campagnes de communication et/ou de prospection des points de vente visant à renforcer notoriété et dynamisme commercial, des mises en 'uvre d'outils en particulier informatiques communs et centralisés.

' CONCERTO

Les résultats de la Société CONCERTO pâtissent d'une structure inadaptée, qui présente de fortes menaces sur sa compétitivité. Ainsi les résultats de la Société CONCERTO sont en dégradation régulière :

o 2007 : CA=2904 K€ ; RNet=86,4 K€

o 2008 : CA = 1 958 K€ ; RNet 112,3 K€

o 2009 : CA = 2 770 K€ ; RNet 4,2 K€

o Estimé 2010 : CA - 1 870 K€ ; RNet - - 16 K€ (avant provision restructuration).

- Les achats des plateformes, socle des ressources de CONCERTO, sont en baisse sur les derniers exercices. Ainsi, les achats cumulés des plateformes présentes depuis 2006 dans le groupement sont passés progressivement de 151,65 M€ en 2006 à 143,90 M€ en 2009. Les perspectives sont pessimistes et imposent une grande prudence dans les projections. Le maintien des parts d'achat du groupement s'est fait par l'intégration de nouveaux adhérents, et leur croissance. Ces derniers ont apporté progressivement de 11,29 M€ (en 2007) à 17,70 M€ (en 2009) de chiffres d'achat.

- Le secteur des revendeurs traditionnels perd cette année 1,6 point de % de parts de marché, avec des prix de vente moyen en baisse de 2 %. Le secteur des cuisinistes est en très légère progression de 0,4 points de % de part de marché, mais les prix de vente moyen churent de 5,3%. Ces chiffres globaux et nationaux intègrent des grandes enseignes nationales intégrées, qui présentent de bons résultats et progressions. En revanche, la réalité de nos réseaux de cuisinistes indépendants est plus sombre.

- Par ailleurs, le marché se concentre et les possibilités de recrutement de nouveaux adhérents, permettant de conforter la base d'activité, sont quasi inexistantes.

Les groupes concurrents ont, par ailleurs, développé des outils informatiques et de logistique pour optimiser leur fonctionnement et accompagner leur développement, et se sont constitués une avance et des avantages concurrentiels que CONCERTO doit impérativement compenser. Ces mêmes concurrents sont, pour la plupart, des groupes intégrés, avec des capacités d'engagement de moyens humains et financiers dans leurs projets plus fortes et avec une réactivité très forte. CONCERTO a pris du retard en affectant trop peu de ressources au développement d'outils internes ou communs aux plateformes et/ou d'interfaces avec les fournisseurs. Ceci constitue un frein à son développement et donc à sa pérennité. En outre, l'implantation géographique dans Paris ne permet pas de profiter du dynamisme de plus petites villes et d'une structure de coûts optimisée.

Par ailleurs, la qualité des services que CONCERTO apporte à ses adhérents est jugée insuffisante car non appropriée et ne répondant pas à leurs attentes.

Ces insatisfactions font l'objet et de remontées régulières de la part des adhérents au cours des Assemblées Générales, des Commissions, et en réaction aux diffusions d'informations.

Ce constat est inquiétant dans la mesure où il nuit à l'attractivité de CONCERTO et sa capacité à attirer de nouveaux adhérents, partenaires et/ou fournisseurs. Cette insatisfaction alimente aussi le risque de départ d'adhérents du groupement.

La Société CONCERTO doit donc mettre rapidement en 'uvre des moyens et mener des opérations de réorganisation qui lui permettront de sauvegarder sa compétitivité sur son secteur d'activité.

CONCERTO doit absolument réaliser des économies sur ses frais de fonctionnement et pour cela rationalise les postes importants de coûts, pour dégager des moyens et les consacrer à des investissements devenus urgents et indispensables, comme ceux-ci:

- la Convergence Informatique,*
- la mutualisation d'une plate-forme logistique d'achats*
- un outil de commerce en ligne.*

Pour ce faire, il a été décidé de transférer les activités de CONCERTO sur la Communauté d'agglomération de LYON et plus précisément à VILLEURBANNE. En effet, l'implantation à PARIS

ne répond pas à un impératif particulier lié aux activités de la société, ni ne constitue un avantage stratégique démontrable.

Cependant, cette implantation géographique génère des frais de structure très importants, notamment sur le loyer immobilier, les frais de transport et d'hébergement, en raison des prix pratiqués à Paris, qui sont nettement supérieurs à ceux des grandes villes de province. A titre de comparaison, les loyers sont les suivants. Le loyer actuel de CONCERTO à Paris est de 260 €/m². A Nantes, Lyon ou Toulouse, les loyers moyens dans des conditions plus modernes et confortables sont entre 120 et 140 €/m². CONCERTO souffre aujourd'hui d'une image de « centrale parisienne », déconnectée du terrain et manque de proximité avec ses adhérents et son réseau.

De même, si le bassin parisien est une très importante plate-forme logistique, il ne permet pas d'envisager l'implantation d'une structure logistique mutualisée pour tous les adhérents à des conditions économiques raisonnables et compatibles avec les niveaux de marge de nos produits. En effet, pour un tel projet de plate-forme commune en région parisienne, il serait indispensable de se positionner dans des zones logistiques qui se trouvent en lointaine périphérie de Paris, perdant ainsi la proximité avec la centrale avec cette structure qui sera difficile à gérer à distance et qui restera coureuse par rapport aux orbites des villes de province sur ce type de structure.

Ainsi, l'implantation de CONCERTO doit impérativement être optimisée en termes économiques et permettre la proximité de la centrale avec son réseau et avec la structure logistique mutualisée. De même, cette implantation doit répondre à la problématique d'accessibilité par tous les moyens de transports. C'est la raison pour laquelle l'implantation sur VILLEURBANNE a été retenue car elle permet de réaliser des gains sur les frais de structure indispensables à la réalisation de nos axes de développement et répond entièrement aux exigences de proximité ci-dessus décrites. De même, CONCERTO doit impérativement redéfinir son organisation autour des missions fondamentales qui font son activité afin d'assurer aux adhérents la très bonne qualité de service qu'ils ont le droit d'exiger. Cette réorganisation passe par une redéfinition des postes existants au sein de la structure afin de se recentrer sur ces métiers de base et ainsi répondre à cette attente de qualité.

S'agissant des chefs de produits, leurs attributions liées aux négociations et achats sont aujourd'hui rendues accessoires par leur réalisation par le Directeur des Opérations et les commissions d'achats, composées des acheteurs des adhérents. Elles seraient supprimées au bénéfice d'un renforcement des actions liées au référencement des produits et au suivi des conditions tarifaires bénéficiant aux adhérents. Dans ce contexte, une modification de votre contrat de travail portant principalement sur un repositionnement ainsi que sur la modification de votre lieu de travail s'avérerait nécessaire [...] » ;

Attendu qu'en application de l'article L. 1233-3 du code du travail, pour avoir une cause économique, le licenciement doit être consécutif soit à des difficultés économiques, soit à des mutations technologiques, soit à une réorganisation de l'entreprise, laquelle, si elle n'est pas justifiée par des difficultés économiques ou par des mutations technologiques, doit être indispensable à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient ;

Attendu qu'il résulte des pièces produites par la société CONCERTO, centrale de référencement, d'achats et de services exclusivement dédiée à l'électrodomestique, que les résultats de celle-ci ont diminué de manière significative avant la réorganisation litigieuse, passant de 86 400 euros en 2007 à 4 200 euros en 2009 ; qu'en 2010, le résultat net a été déficitaire à hauteur de 204 670 euros ; qu'il ressort par ailleurs de l'enquête de satisfaction réalisée auprès des adhérents de la centrale en 2009, dont la date est suffisamment proche de la réorganisation pour pouvoir être utilement invoquée, que la société avait besoin de se moderniser, notamment en améliorant l'intranet, afin de diffuser une information fiable et rapide ; que la délégation d'achat devait par ailleurs être développée ; que cette évolution était d'autant plus nécessaire que, comme l'établit la société CONCERTO, le marché, difficile, dans lequel elle intervenait, était plus concurrentiel du fait de la multiplication des

concentrations ; que le déménagement à Villeurbanne des locaux situés dans le 11ème arrondissement à Paris, en réduisant notamment certains coûts, permettait précisément de dégager des moyens financiers en vue de moderniser l'entreprise ; que si Mme Fabienne BERCHERY fait valoir que la société aurait pu louer des locaux moins chers qu'à Paris en se contentant de déménager en banlieue parisienne, il n'appartient pas au juge de contrôler le choix effectué par l'employeur entre plusieurs solutions possibles ; qu'enfin, la modification du poste de l'intéressée, évoluant ainsi de chef de produit à chargée de référencement, se justifiait par l'abandon de la dimension de participation active aux négociations d'achat ;

Attendu, dès lors, que c'est à juste titre que le conseil de prud'hommes a jugé que la société CONCERTO rapportait la preuve du caractère réel et sérieux du motif économique du licenciement de Mme Fabienne BERCHERY ;

En ce qui concerne l'obligation de reclassement

Attendu que selon l'article L.1233-4 du même code, le licenciement ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent ou, à défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, sur un emploi d'une catégorie inférieure; que l'employeur est donc tenu, avant tout licenciement économique, de rechercher toutes les possibilités de reclassement existant dans le groupe dont il relève, parmi les entreprises dont l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, étant rappelé que cette obligation n'est toutefois qu'une obligation de moyens ;

Attendu que la société CONCERTO établit, par la production de nombreux échanges de courriers et de mails, y compris de relance, auxquels étaient joints des fiches de fonctions, tel que cela résulte des lettres envoyées et de certaines réponses, avoir recherché toutes les possibilités de reclassement de sa salariée, tant en son sein qu'auprès de ses adhérents, sans qu'il puisse lui être reproché de ne pas avoir contacté ses clients ;

Attendu qu'il résulte de ce qui précède que le licenciement de Mme Fabienne BERCHERY est fondé sur une cause réelle et sérieuse ; que le jugement sera confirmé sur ce point ;

Sur la demande en paiement de la prime d'objectifs

Attendu qu'il ressort des termes de l'avenant signé le 23 juillet 2010 qu'une prime de 5 000 euros est due en cas de réalisation d'objectifs qualitatifs et quantitatifs ; que, pour établir l'absence de réalisation desdits objectifs, la société CONCERTO se borne à produire des échanges de courriers entre elle et Mme Fabienne BERCHERY, où chacune des parties expose un point de vue différent, et une enquête satisfaction dont il est impossible de déduire une quelconque conséquence sur les objectifs de la salariée ; que, dans ces conditions, c'est à juste titre que les premiers juges ont fait droit à la demande de l'appelante ; que le jugement entrepris sera également confirmé sur ce point ;

Sur le défaut d'organisation d'élections professionnelles

Attendu, d'une part, qu'aux termes de l'article L.2312-2 du code du travail, la mise en place des délégués du personnel n'est obligatoire que si l'effectif d'au moins onze salariés est atteint pendant douze mois, consécutifs ou non, au cours des trois années précédentes ; que l'employeur qui, bien qu'il y soit légalement tenu, n'accomplit pas les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel, sans qu'un procès-verbal de carence n'ait été établi, commet une faute qui cause nécessairement un préjudice aux salariés, privés ainsi d'une possibilité de représentation et de défense de leurs intérêts ;

Attendu, d'autre part, que l'article L.1111-2 du code du travail dispose que « les effectifs de l'entreprise sont calculés conformément aux dispositions suivantes : 2° les salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée [...] à due proportion de leur temps de présence au cours des douze mois précédents » ;

Attendu qu'il est constant qu'un salarié de la société, M. Jacquet, a été engagé pour surcroît d'activité du 10 novembre 2009 au 12 mars 2010 ; que, pour calculer l'effectif de la société pour le mois de juillet 2010, la société reconnaît ne pas avoir pris en compte ce salarié, alors qu'elle devait, conformément aux dispositions de l'article L. 1111-2 du code précité, calculer les effectifs pour ce mois au regard de sa présence entre juillet 2009 et juin 2010 ; que la même erreur de calcul a été commise pour les mois de août à décembre 2010 ; qu'ainsi, en retenant le tableau des effectifs produit par la société CONCERTO, rectifié conformément aux observations précédentes, l'effectif de la société a atteint au moins onze salariés pendant douze mois au cours des trois années précédentes ; que la faute résultant de l'absence de mise en place d'institutions représentatives du personnel a causé à la salariée un préjudice qui sera intégralement réparé par l'allocation de la somme de 500 euros ;

Sur les dépens et l'application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile

Attendu qu'il convient de confirmer les dispositions du jugement relatives aux dépens et frais irrépétibles de première instance ; que la société CONCERTO succombant partiellement à l'instance supportera les dépens d'appel ; que l'équité commande de rejeter l'ensemble des prétentions des parties au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS

Statuant publiquement par arrêt contradictoire, mis à disposition des parties au greffe,

CONFIRME le jugement entrepris sauf en ce qui concerne la demande fondée sur le défaut d'organisation d'élections professionnelles ;

Y ajoutant :

CONDAMNE la société CONCERTO à payer à Mme Fabienne BERCHERY la somme de 500 euros à titre de dommages et intérêts pour défaut d'organisation d'élections professionnelles ;

CONDAMNE la société CONCERTO aux dépens d'appel ;

REJETTE toute autre demande.

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT