O R D O N N A N C E

rendue à l'audience publique extraordinaire du trente septembre deux mille quatorze à 09 :50 heures, salle CR.2.29, au bâtiment de la Cour d'appel

en application de l'article L. 415-11 du code du travail par Monsieur le président de chambre à la Cour d'appel Étienne SCHMIT, assisté de Monsieur le greffier Alain BERNARD,

sur une requête d'appel déposée le 24 juillet 2014 par M. A.) dans une affaire se mouvant

entre:

M. A.), demeurant à L-(…),

comparant par Maître Martine KRIEPS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

la société anonyme SOC1.) S.A., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son conseil d'administration,

comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH S.A., établie et ayant son siège social à L-2082 Luxembourg, 14, rue Erasme, **représentée par Maître Louis BERNS**, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

----

1. Les moyens des parties

Le 24 juillet 2014, M. A.) a régulièrement formé appel contre l'ordonnance du président du tribunal du travail de Luxembourg du 14 juillet 2014 qui a déclaré non fondée la demande de M. A.) tendant à la nullité de son licenciement avec préavis du 27 mars 2014 par la société SOC1.).

M. A.) soutient qu'au moment du transfert à la société SOC1.), le 1er février 2012, d'une partie de l'entreprise SOC2.) et de neuf salariés, dont lui-même, il aurait été délégué du personnel de la SOC2.). En application de l'article L. 413-2 (5) du code du travail, il aurait conservé le statut de délégué du personnel de la nouvelle entreprise SOC1.).

En application de l'article L. 415-11 du code du travail, en tant que délégué du personnel, il aurait été protégé contre le licenciement. Dès lors, son licenciement du 27 mars 2014, avec préavis au 30 septembre 2014, en violation de l'interdiction de l'article L. 415-11 serait à annuler, l'ordonnance du tribunal serait à réformer et il conviendrait de prononcer son maintien dans l'entreprise SOC1.).

Suivant la société SOC1.), une partie d'un service de la SOC2.) lui aurait été transférée. Neuf membres de ce service et seules certaines attributions de ce service lui auraient été transférés, les autres attributions et les autres membres de ce service auraient été conservés au sein de la SOC2.).

La partie transférée du service n'aurait pas constitué un établissement et la SOC2.) se serait considérée comme un seul établissement. M. A.) n'aurait pas été élu comme délégué dans un établissement particulier de la SOC2.).

La SOC2.) aurait organisé les élections d'une délégation du personnel et M. A.) aurait été élu membre de la délégation du personnel. Un délégué ne serait pas à considérer comme délégation du personnel, mais ferait partie d'un organe collégial qui en tant que tel aurait les missions légales qui lui sont confiées.

La société SOC1.) soutient notamment que les conditions de l'article L. 413-2 (5), alinéa 1, du code du travail ne seraient pas établies. Etant donné qu'il n'y avait pas d'établissements au sein de la SOC2.), il n'y aurait pas eu de transfert d'établissement. La partie transférée du service n'aurait pas conservé son autonomie dans la nouvelle entreprise. Au sein de la société SOC1.), nouvellement constituée, le personnel transféré n'aurait plus eu de hiérarchie, de sorte qu'un chef d'entreprise aurait été engagé.

Le pouvoir en place ayant donc changé à l'arrivée du personnel au sein de la société SOC1.), la nouvelle entreprise n'aurait pas conservé son autonomie au sens de l'article L. 513-2 (5), alinéa 1. En ce qui concerne la notion d'autonomie, la société SOC1.) invoque un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 29 juillet 2010. (affaire C-151/09, UGT)

La société SOC1.) considère aussi que l'article L. 413-2 (5) tendrait au maintien du statut et de la fonction de la délégation du personnel, organe collégial, en non des délégués du personnel individuels. M. A.) aurait fait partie de la délégation de l'entreprise SOC2.), et la partie transférée du service de M. A.) n'aurait pas eu de délégation du personnel propre, de sorte que la disposition légale ne s'appliquerait pas.

La société SOC1.) se réfère à l'article L. 415-12 et estime que le mandat de délégué du personnel de M. A.) aurait pris fin au moment de son transfert à l'entreprise SOC1.). Il aurait été protégé pendant six mois à partir de la fin du mandat et au moment du licenciement cette période de protection aurait expiré.

Elle conclut à la confirmation de la décision de première instance.

2. Le cadre juridique

L'article L. 413-2 du code du travail dispose :
« …

(5) Dans le cas d'un transfert d'entreprise, d'établissement de partie d'entreprise ou d'établissement au sens du livre Ier, titre II, chapitre VII, le statut et la fonction de la délégation du personnel subsistent dans la mesure où l'établissement conserve son autonomie.

Si l'établissement ne conserve pas son autonomie, les membres de la délégation du personnel feront de plein droit partie de la délégation du personnel de l'établissement qui accueille les salariés transférés. La délégation ainsi élargie procédera sans délai à la désignation d'un président, d'un vice-président, d'un secrétaire et d'un bureau, conformément à l'article L. 416-1. La composition exceptionnelle de la délégation du personnel prendra fin lors de son premier renouvellement.

Si les salariés de l'établissement ne conservant pas son autonomie sont accueillis par un établissement qui n'a pas de délégation du personnel, la délégation du personnel de l'établissement transféré fait office de délégation commune. »

Selon l'article L. 415-12 du code du travail :
« *Les dispositions de l'article L. 415-11 sont applicables aux licenciements des anciens membres des délégations du personnel et des anciens/anciennes délégué-es à l'égalité, pendant les six premiers mois qui suivent l'expiration ou la cessation de leur mandat ainsi qu'aux candidats aux fonctions de membres des délégations dès la présentation des candidatures et pendant une durée de trois mois. Elles sont applicables également aux délégués concernés par un transfert d'entreprise ou d'établissement lorsque leur mandat expire en raison de ce transfert.* »

Le troisième considérant de la directive 2001/23 qui a procédé à la codification de la directive 77/187/CEE du Conseil, du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, telle que modifiée par la directive 98/50/CE du Conseil, du 29 juin 1998 énonce que *«[d]es dispositions sont nécessaires pour protéger les travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise en particulier pour assurer le maintien de leurs droits*».

L'article 1er, paragraphe 1, de cette directive dispose:

« *a) La présente directive est applicable à tout transfert d'entreprise, d'établissement ou de partie d'entreprise ou d'établissement à un autre employeur résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion.*

b) Sous réserve du point a) et des dispositions suivantes du présent article, est considéré comme transfert, au sens de la présente directive, celui d'une entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire.

…»

Selon l'article 6 de la même directive:

« *1. Si l'entreprise, l'établissement ou la partie d'entreprise ou d'établissement conserve son autonomie, le statut et la fonction des représentants ou de la représentation des travailleurs concernés par le transfert subsistent, selon les mêmes modalités et suivant les mêmes conditions qu'avant la date du transfert en vertu d'une disposition législative, réglementaire, administrative ou d'un accord, sous réserve que les conditions nécessaires pour la formation de la représentation des travailleurs soient réunies.*

Le premier alinéa ne s'applique pas si, selon les dispositions législatives, réglementaires et administratives ou la pratique des États membres, ou aux termes d'un accord avec les représentants des travailleurs, les conditions nécessaires à la nouvelle désignation des représentants des travailleurs ou à la nouvelle formation de la représentation des travailleurs sont réunies.

Lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique compétente (qui peut être un syndic autorisé par une autorité compétente), les États membres peuvent prendre les mesures nécessaires pour assurer que les travailleurs transférés sont convenablement représentés jusqu'à la nouvelle élection ou désignation des représentants des travailleurs.

Si l'entreprise, l'établissement ou la partie d'entreprise ou d'établissement ne conserve pas son autonomie, les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les travailleurs transférés qui étaient représentés avant le

transfert continuent à être convenablement représentés durant la période nécessaire à une nouvelle formation ou désignation de la représentation des travailleurs, conformément à la législation ou pratique nationale.

2. Si le mandat des représentants des travailleurs concernés par le transfert expire en raison du transfert, les représentants continuent à bénéficier des mesures de protection prévues par les dispositions législatives, réglementaires et administratives ou la pratique des États membres.»

3. L'appréciation des moyens

L'article L. 413-2 (5) du code du travail transpose la directive 2001/23 en ce qui concerne la représentation des travailleurs en cas de transfert d'entreprise.

La norme nationale est dès lors à interpréter à la lumière tant du libellé que de l'objectif de la directive, la transposition conforme et complète devant être admise.

Ainsi qu'il est précisé au troisième considérant de la directive 2001/23, l'objectif est de maintenir les droits des travailleurs en cas de changement du chef d'entreprise en leur permettant de rester au service du nouvel employeur dans les mêmes conditions que celles convenues avec le cédant, le droit des travailleurs à être représentés faisant partie de ces conditions. En principe, la représentation des travailleurs ne doit pas être affectée par le transfert d'entreprise. (V. arrêt de la CJUE du 29 juillet 2010, affaire C-151/09, UGT, point 40)

L'article L. 413-2 (5), alinéa 1, du code du travail précise qu'en cas de transfert d'entreprise, d'établissement, de partie d'entreprise ou d'établissement qui conserve son autonomie, le statut et la fonction « *de la délégation du personnel* » subsistent.

Aux termes de l'article 6, paragraphe 1, alinéa 1, de la directive, le statut et la fonction « *des représentants ou de la représentation des travailleurs* » concernés par le transfert subsistent si l'entreprise, l'établissement ou la partie d'entreprise ou d'établissement conserve son autonomie.

La disposition luxembourgeoise relative au maintien du statut et de la fonction de la délégation du personnel doit donc être lue en ce sens que le statut et la fonction tant des représentants que de la représentation des travailleurs subsistent, l'objectif à atteindre par le législateur étant la protection des droits des travailleurs par le maintien tant de leur représentation que de leurs représentants, suivant les modalités du droit national, ou, par exception, par la désignation de nouveaux représentants dans la nouvelle entreprise (article 6, paragraphe 1, alinéa 2, de la directive).

En interprétant le maintien de la « *délégation du personnel* » dans le seul sens du maintien de la représentation au sens organique (l'organe de la délégation du personnel qui comprend un délégué pour un effectif entre 15 et 25 salariés, ou plusieurs délégués formant un collège en présence d'un effectif de plus de

25 salariés), et à la seule hypothèse de l'existence d'une délégation propre à l'entité économique transférée, on conférerait à la norme de transposition une portée restreinte, qui ne correspondrait ni aux termes ni à l'objectif de de la directive.

Or, en cas de transfert tant d'une entreprise que d'un établissement, de la partie d'une entreprise ou d'un établissement (et non au seul cas du transfert d'un établissement), le maintien du statut et de la fonction de la représentation et des représentants des travailleurs ou le droit à la représentation doivent être assurés par le droit national, même si la partie de l'entreprise ou de l'établissement transféré constitue une entité économique dont le personnel n'a pas de représentation propre.

L'examen de la question de savoir si l'objectif de maintien de la représentation des travailleurs est atteint par la norme de transposition au cas où le personnel transféré ne comprend pas de délégué(s) du personnel est inutile pour la solution du litige dont la Cour est saisie, étant donné que l'un des huit salariés transférés a la qualité de représentant.

Afin de déterminer si M. A.) a gardé la qualité de délégué du personnel au moment du transfert dans l'entreprise SOC1.) il convient d'examiner si une entité économique a été transférée et si elle a une autonomie dans la nouvelle entreprise.

Au vu des quelques explications fournies par la société SOC1.), qui ne sont pas contredites par M. A.), une partie de l'activité d'un service de la SOC2.) et huit membres du personnel de ce service ont été transférés à l'entreprise SOC1.). Cette société constituait une société nouvelle qui comprenait au début de son activité les huit salariés transférés et un responsable recruté par cette entreprise. Les activités de l'ancien service de la SOC2.) ont été continuées par cette nouvelle structure.

Les parties admettent qu'il y a eu transfert d'une partie d'une entreprise au sens de la législation sur le transfert d'entreprise.

Au vu des circonstances de fait admises par les parties, la Cour retient, même si le transfert d'autres facteurs d'exploitation n'est pas établi, qu'au moins un ensemble organisé de salariés spécialement et durablement affectés à l'activité concernée a fait l'objet du transfert et que cet ensemble de salariés peut être considéré comme entité économique au sens de la règlementation sur le transfert d'entreprise. Une partie d'une entreprise a donc été transférée.

Au début de son activité, la nouvelle société comprenait les huit salariés qui continuaient leur ancienne activité sous la direction d'un nouveau supérieur hiérarchique. L'entité économique transférée a continué son activité dans la nouvelle structure qui n'avait pas d'autres activités.

L'adjonction d'un nouveau supérieur hiérarchique ne permet pas de conclure à une réduction de l'autonomie de l'entité économique transférée.

Au vu des éléments fournis par l'employeur, la nouvelle entreprise s'est consacrée à l'activité de l'entité économique transférée, sous la direction du nouveau responsable. L'entité transférée s'identifie donc à la nouvelle société, et cette activité est organisée et poursuivie par le responsable et le personnel de cette entité. Le pouvoir décisionnel appartient à cette entité et non à d'autres structures de l'employeur. (V. arrêt de la CJUE du 29 juillet 2010, affaire C-151/09, UGT, points 42 à 56)

Il est dès lors établi qu'une partie de l'entreprise SOC2.) a été transférée à la société SOC1.) et que l'entité économique transférée a continué l'activité de manière autonome.

En application de l'article L. 413-2 (5), alinéa 1, du code du travail, le statut et la fonction de délégué du personnel de M. A.) ont donc été maintenus au moment du transfert à la société SOC1.).

Le fait que la nouvelle entreprise avait un effectif de huit ou neuf salariés au début de son activité et que la législation ne prescrit pas de représentants du personnel pour les entreprises dont l'effectif est inférieur à 15 personnes ne constitue pas une cause de cessation des fonctions du délégué du personnel.

La règlementation de l'Union, dont l'objectif constitue le maintien des droits des travailleurs concernés par le transfert, dont le droit à être représentés, crée une situation particulière de représentation.

Il convient enfin de relever que, conformément à l'article 6, paragraphe 2, de la directive, l'article L. 415-12 du code du travail règle la protection des représentants du personnel dont le mandat prend fin par le transfert d'entreprise, mais ne permet pas de conclure que le mandat de M. A.) a pris fin au moment du transfert.

L'affirmation de l'employeur qu'avant son licenciement M. A.) n'aurait pas revendiqué et exercé sa fonction de délégué au sein de l'entreprise SOC1.) est contestée et cette abstention n'est pas établie.

Il n'est donc pas prouvé que M. A.) ait abandonné sa fonction et que son mandat ait pris fin par abandon. Il est sans intérêt pour la solution du litige d'examiner si la fonction peut cesser par défaut d'exercice.

Au vu de ces développements, il est établi que M. A.) a gardé ses fonctions de délégué du personnel au sein de la société SOC1.) au moment du transfert d'entreprise. Il ne résulte d'aucun élément du dossier que la fonction ait pris fin avant le licenciement du 27 mars 2014.

Dès lors, le licenciement de M. A.) est intervenu malgré l'interdiction de licenciement d'un délégué du personnel.

Le licenciement du 27 mars 2014 est nul et de nul effet et M. A.) est à maintenir comme salarié de la société SOC1.).

L'appel de M. A.) est justifié et il y lieu à réformation.

4. L'indemnité de procédure

Il est inéquitable de laisser à charge de M. A.) l'intégralité des sommes qu'il a exposées qui ne sont pas comprises dans les dépens.

Au regard de la nature de l'affaire, sa demande d'une indemnité de 3.000.- euros formée sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile est fondée.

PAR CES MOTIFS :

le président de la huitième chambre de la Cour d'appel M. Étienne SCHMIT, siégeant en application de l'article L. 415-11 du code du travail, statuant contradictoirement,

déclare l'appel recevable et fondé,

réformant, annule le licenciement du 27 mars 2014 et le déclare de nul effet,

dit que M. A.) est maintenu en fonctions comme salarié de la société SOC1.) SA,

condamne la société SOC1.) SA à payer à M. A.) le montant de 3.000.- euros au titre de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

condamne la société SOC1.) SA aux dépens des deux instances.

La lecture de cette ordonnance a été faite à l'audience publique indiquée ci-dessus par M. Étienne SCHMIT, président de chambre, en présence de M. Alain BERNARD, greffier.