Arrêt N° 140/18 - VIII - Travail

Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du vingt-deux novembre deux mille dix-huit

Numéro 43195 du rôle.

Composition:

Lotty PRUSSEN, président de chambre;
Monique HENTGEN, premier conseiller;
Jeanne GUILLAUME, premier conseiller;
Alain BERNARD, greffier.

Entre:

A.), demeurant à D-(…),

appelant aux termes d'un acte de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 30 décembre 2015,

comparant par Maître Romain ADAM, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

1) B.) et **2) C.)**, demeurant professionnellement à L-(…), pris en leur qualité de liquidateurs de la société anonyme **SOC1.), en liquidation**, établie et ayant son siège social à L-(…),

intimés aux fins du prédit acte SCHAAL,

comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, établie et ayant son siège social à L-2082 Luxembourg, 41A, avenue John F. Kenndey, représentée aux fins des présentes **par Maître Louis BERNS**, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

3) la société anonyme SOC2.), établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son conseil d'administration,

intimée aux fins du prédit acte SCHAAL,

comparant par la société anonyme ELVINGER HOSS PRUSSEN, établie et ayant son siège social à L-1340 Luxembourg, 2, place Winston Churchill, inscrite à la liste V du tableau de l'ordre des avocats du barreau de Luxembourg, représentée aux fins de la présente procédure par **Maître Pierre ELVINGER**, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Par requête déposée le 11 septembre 2014, A.) a fait convoquer son ancien employeur, la société anonyme SOC1.), ainsi que la société anonyme SOC2.) devant le tribunal du travail de Luxembourg pour voir déclarer abusif le licenciement intervenu en date du 24 avril 2014, en raison de la violation des articles L.127-1 et suivants du Code du travail et, en conséquence, voir dire qu'il est à réintégrer au service de la SOC2.), sinon de la SOC1.).

Subsidiairement, il a demandé à voir déclarer son licenciement abusif en raison du caractère imprécis de la lettre de motivation du licenciement et du caractère fallacieux des motifs y indiqués et à voir condamner solidairement, sinon in solidum, les parties défenderesses à lui payer le montant de 360.000,- EUR à titre de réparation du préjudice matériel et de 75.000,- EUR au titre du préjudice moral subi, le tout majoré des intérêts légaux à compter de la demande en justice, jusqu'à solde.

En outre, A.) a demandé une indemnité de procédure de 2.500,- EUR.

A.) a été engagé par la SOC1.) en qualité de conseiller de gestion dans le département « *Private Banking and Wealth Management* » depuis le 1er octobre 1987. A partir du 1er janvier 1992, il a été nommé fondé de pouvoir. Depuis 1997, il était encore directeur du Portofolio Management.

Le 9 avril 2014, il a été convoqué à un entretien préalable et a été licencié avec préavis par courrier recommandé du 24 avril 2014 avec effet au 31 octobre 2014 et dispense de travail durant le préavis.

Suite à sa demande de motifs du licenciement du 13 mai 2014, la SOC1.) lui a répondu par courrier du 13 juin 2014.

Le 15 juillet 2014, il a formellement contesté les motifs avancés à la base de son licenciement.

Par jugement du 24 avril 2015, le tribunal du travail a reçu la demande de A.) en la forme, a déclaré fondée sa demande en injonction de communiquer les documents formulée par lui et a enjoint à la SOC1.) et à la SOC2.) de

communiquer à A.) et de déposer au greffe du tribunal du travail de Luxembourg une copie de l'acte de vente du 18 décembre 2013 dans le mois qui suivra la notification dudit jugement, sous peine d'une astreinte de 250 (deux cent cinquante) EUR par jour de retard, le maximum de l'astreinte étant limité à 10.000 (dix mille) EUR.

Par jugement du 13 novembre 2015, le tribunal du travail de Luxembourg, statuant en continuation du jugement avant dire droit du 24 avril 2015, a déclaré irrecevable l'offre de preuve présentée par la SOC1.); dit qu'il y a eu transfert d'entreprise; déclaré irrecevable la demande de A.) tendant à voir constater la nullité de son licenciement ; déclaré non fondée la demande de A.) tendant à voir soumettre une question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union Européenne; dit que les conditions à une réintégration de A.) au service de la SOC2.) ne sont pas remplies; débouté A.) de sa demande en allocation des arriérés de salaire du 1er novembre 2014 au 1er décembre 2015 ; déclaré abusif le licenciement avec préavis du 24 avril 2014; déclaré fondée la demande de A.) en réparation de son préjudice matériel pour un montant de 2.701,01 EUR ainsi que la demande de A.) en réparation de son préjudice moral à concurrence d'un montant de 10.000 EUR et condamné la SOC1.) et la SOC2.) à payer in solidum à A.) la somme de 12.701,01 (douze mille sept cent un virgule zéro un) EUR, cette somme avec les intérêts légaux à partir du 11 septembre 2014, jour de la demande en justice, jusqu'à solde;

En outre, le tribunal du travail a condamné la SOC1.) et la SOC2.) à payer in solidum à A.) une indemnité de procédure de 1.500 (mille cinq cents) EUR sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile et a débouté la SOC1.) et la SOC2.) de leurs demandes respectives en allocation d'une indemnité de procédure.

Pour décider ainsi, le tribunal du travail, après avoir retenu que la lettre de motivation du licenciement remplissait les critères de précision exigés par la loi, a dit que contrairement aux allégations des parties défenderesses et aux motifs contenus dans la lettre de motivation, le choix des salariés à transférer ne s'est pas fait en fonction des clients consentant au transfert de leurs avoirs auprès de la SOC2.), mais a déjà été fait par les défenderesses au moment de la signature de l'acte. Les juges de première instance ont partant estimé que A.) a été écarté de façon injustifiée des salariés attribuables au département du « *Private Banking et Wealth management* » dès décembre 2013 et que son licenciement est abusif.

Le tribunal a cependant retenu qu'il n'y a pas lieu de soumettre la demande préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union Européenne, celle-ci s'étant déjà prononcée sur une question identique.

En outre, le tribunal a retenu que, la réintégration étant une faculté et non une obligation, la demande en paiement des salaires échus depuis le 31 octobre 2014 n'était pas fondée. Par ailleurs, A.) ayant immédiatement demandé l'attribution de sa pension vieillesse anticipée, le tribunal a estimé que le lien causal entre le préjudice allégué et le licenciement laissait d'être établi.

Par acte d'huissier du 30 décembre 2015, A.) a relevé appel du jugement du 13 novembre 2015. Il demande la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a retenu l'existence d'un transfert d'entreprise, et pour le surplus, il demande par réformation dudit jugement, de dire que le licenciement du 24 avril 2014 est nul, de sorte que A.) doit être réintégré auprès de la SOC2.), et que cette dernière doit être condamnée à lui payer le montant de 107.738,12 EUR à titre d'arriérés de salaires.

En ordre subsidiaire, il demande à la Cour de poser à la Cour de Justice de l'Union Européenne la même question préjudicielle que dans l'affaire D.), à savoir : « *Est-ce que l'article 4 de la Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements est à interpréter en ce sens que la sanction du licenciement d'un travailleur licencié peu avant le transfert d'entreprise, respectivement après que le contrat pour le transfert a déjà été signé, consiste en la nullité du licenciement et partant en la réintégration du travailleur auprès du cédant ou du cessionnaire ?* »

En ordre encore plus subsidiaire, il demande à la Cour de déclarer le licenciement abusif en raison de la violation des articles L.127-1 et suivants du Code du travail relatifs aux transferts d'entreprise, sinon en raison de l'imprécision de la lettre de motivation du 13 juin 2014 et du caractère fallacieux des motifs y invoqués et de condamner la SOC2.) à lui payer le montant de 277.040,88 EUR à titre de dommage matériel et de 75.000,- EUR à titre de dommage moral, ainsi qu'une indemnité de procédure de 2.500,- EUR.

A.) ne conteste pas la fermeture de la SOC1.), mais fait valoir que suite à la vente du département « *Private Banking and Wealth Management* » il y aurait eu transfert d'une partie de l'entreprise à la SOC2.) englobant son poste de travail.

Il expose qu'il y aurait eu un transfert d'entreprise conformément aux articles L.127-1 et suivants du Code du travail et ce serait à tort que les juges de première instance auraient décidé que le non-respect desdites dispositions ne serait pas un cas de nullité prévu par la loi. En tout état de cause, il serait à réintégrer au service de la SOC2.).

A.) précise encore qu'eu égard à ses deux maladies chroniques, il lui aurait été impossible de retrouver un autre travail. Dès lors, s'il n'avait pas été licencié il aurait pu continuer à percevoir son plein salaire pendant 5 ans, puis seulement bénéficier de sa pension vieillesse nettement inférieure. Se référant à diverses jurisprudences, il fait valoir qu'en tout état de cause la période de référence fixée par les juges de première instance serait beaucoup trop courte.

B.) et C.), pris en leur qualité de liquidateurs de la SOC1.) en liquidation, soulèvent l'irrecevabilité de l'appel pour défaut de qualité dans leur chef, pour absence d'assignation faite à la personne morale SOC1.) et pour incompétence ratione materiae de la Cour à leur égard.

Ils font en effet plaider que A.) aurait dû assigner la SOC1.) en liquidation, à son adresse professionnelle, et non B.) et C.) en leur nom personnel, pris en leur qualité de liquidateurs de la SOC1.) en liquidation. En outre, B.) et C.) n'ayant jamais été les employeurs de A.), les juridictions du travail seraient incompétentes pour trancher le litige.

Quant au fond, B.) et C.), pris en leur qualité de liquidateurs de la SOC1.) en liquidation, interjettent appel incident et demandent à la Cour, par voie de réformation, de dire qu'au moment du licenciement d'A.), il n'y aurait pas eu transfert d'entreprise et que par ailleurs le poste occupé par A.) ne faisait pas partie de la partie de la SOC1.) transférée au 31 mai 2014 à la SOC2.).

Pour autant que de besoin, ils offrent de prouver par l'audition de E.) que A.), en tant que « *Fachreferatsleiter* » assurant la supervision globale des relations-clients mais sans aucun contact direct avec eux et n'assurant aucune gestion d'avoirs-clients ne faisait pas partie des moyens à céder et qu'il n'était dès lors pas dans le « *scope »* de l'entité à transférer.

B.) et C.), ès-qualités, demandent en tout état de cause à la Cour de dire que A.) n'a pas été licencié en raison du transfert d'entreprise, mais tout au plus en vue dudit transfert et qu'un licenciement en vue d'un transfert d'entreprise est autorisé s'il est sérieusement motivé par le contexte économique de la nécessité de la réorganisation.

Ils demandent partant à être déchargés des condamnations prononcées à leur encontre par les juges de première instance.

Pour autant que de besoin, ils offrent de prouver les motifs du licenciement par l'audition de E.).

Subsidiairement, et pour le cas où le licenciement devait être déclaré abusif, B.) et C.), ès-qualités, demandent à la Cour de dire qu'il n'y a pas lieu à nullité du licenciement et à réintégration de A.) auprès de la SOC2.) et que la demande en paiement des arriérés de salaires est en conséquence à rejeter.

En outre, ils demandent à la Cour de débouter A.) de sa demande tendant à soumettre une question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union Européenne.

Enfin, quant aux montants réclamés et toujours à titre subsidiaire, ils demandent de confirmer la décision des juges de première instance en ce qu'ils ont limité le montant à allouer à titre de dommages et intérêts pour préjudice matériel à 2.701,01 EUR et celui alloué à titre de dommages et intérêts pour préjudice moral à 10.000 EUR et en ce qu'ils ont débouté pour le surplus l'appelant de ses demandes.

En tout état de cause, B.) et C.), ès-qualités, sollicitent une indemnité de procédure de 5.000,- EUR.

La SOC2.) soulève également l'irrecevabilité de l'appel dirigé à son encontre, reprenant l'argumentation de la SOC1.) et invoquant le principe de l'indivisibilité du litige.

Quant au fond, la SOC2.) interjette également appel incident et demande à la Cour de dire, par réformation du jugement entrepris, qu'il n'y a pas eu transfert d'entreprise au moment du licenciement, sinon que A.) ne faisait pas partie de l'entité transférée au 31 mai 2014 et que ce serait à tort que les juges de première instance auraient retenu que A.) devait faire l'objet du transfert d'entreprise entre la SOC1.) et la SOC2.).

Elle formule à ce sujet et pour autant que de besoin la même offre de preuve que la SOC1.).

Au cas où la Cour déciderait qu'A.) ne faisait pas partie de l'entité à transférer, il s'agirait d'un licenciement normal et la SOC2.) serait à mettre hors cause.

A titre subsidiaire, elle reprend les conclusions de la SOC1.) et fait plaider que A.) a été licencié en vue du transfert, pour raisons économiques liées à la nécessité de la réorganisation et elle demande à être déchargée de toutes les condamnations prononcées à son encontre.

Pour autant que de besoin, elle formule la même offre de preuve que la SOC1.) tendant à établir les motifs du licenciement.

Subsidiairement, pour autant que le licenciement devait être déclaré abusif, elle demande à voir A.) débouté de sa demande en nullité du licenciement et en réintégration et en paiement des arriérés de salaires.

De même, elle demande à la Cour de débouter A.) de sa demande tendant à soumettre une question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union Européenne.

A titre plus subsidiaire, elle sollicite la confirmation de jugement entrepris en ce qu'il a alloué à A.) une indemnité de 2.701,01 EUR au titre du préjudice matériel et de 10.000,- EUR au titre du préjudice moral.

La SOC2.) conteste encore les demandes de A.) basées sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile et demande une indemnité de procédure de 5.000,- EUR.

Quant à la recevabilité de l'appel

Les intimés B.) et C.) font plaider que l'acte d'appel aurait dû être introduit contre la personne juridique constituée par la société en liquidation elle-même, à savoir la société anonyme SOC1.), en liquidation, et non contre les liquidateurs en nom personnel, pris ès-qualités de liquidateurs. Ils donnent à considérer que le jugement de première instance a été rendu entre A.) et la société anonyme SOC1.), en liquidation, représentée par ses liquidateurs en fonctions, et la SOC2.), et qu'il convenait partant d'assigner également la

société SOC1.) en liquidation, personnellement, ce d'autant plus que les liquidateurs ne sont pas domiciliés à la même adresse que la société SOC1.) en liquidation. Les représentants de la société en liquidation n'assumant aucune obligation personnelle relativement aux engagements de la société en liquidation, la demande dirigée contre eux à titre personnel serait irrecevable pour défaut de qualité.

A défaut d'avoir assigné la SOC1.), représentée par B.) et C.), cette dernière ne serait pas partie à l'instance d'appel et les liquidateurs se verraient en cas de condamnation tenus personnellement des engagements de la société SOC1.).

B.) et C.) font également plaider que puisque la société SOC1.) n'aurait pas été assignée en instance d'appel, le premier jugement aurait acquis autorité de chose jugée à son égard et vu la condamnation solidaire prononcée en première instance à l'encontre des intimés, la Cour ne saurait, sous peine de contradiction, condamner en instance d'appel la SOC2.) au paiement d'un montant différent.

L'appelant réplique que les liquidateurs ne seraient pas personnellement visés par l'acte d'appel, mais uniquement en leur qualité de liquidateurs de la société SOC1.), et que l'acte d'appel aurait également été signifié à la société SOC1.) en liquidation.

En cas de liquidation, qu'elle soit judiciaire ou amiable, l'article 1100-1 (anciennement article 141) de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales dispose que les sociétés continuent à exister pour les besoins de la liquidation. La personnalité juridique subsiste donc à partir de la décision de liquidation, même si elle est limitée aux besoins de la liquidation. Cela implique que la société peut encore agir en justice, mais du fait de la liquidation, les organes sociaux sont dépouillés de leurs prérogatives et seul le liquidateur est habilité aux termes de l'article 1100-4 (anciennement article 144) de la loi modifiée du 10 août 1915 précitée à agir au nom et pour compte de la société en liquidation.

Les liquidateurs peuvent intenter et soutenir toutes actions pour la société. En conséquence, ils reçoivent et donnent les assignations, exercent les recours contre les décisions rendues, les exécutent ou en poursuivent l'exécution contre les tiers (Pandectes belges verbo liquidation des sociétés commerciales, n° 365, 366).

Comme conséquence inverse de la règle que les liquidateurs représentent la société dissoute, les tiers qui ont une créance à faire valoir contre la société, doivent s'adresser aux liquidateurs (Pandectes belges verbo liquidation des sociétés commerciales n° 373).

En l'espèce, l'acte d'appel a été signifié et déclaré à la SOC2.) et à « *B.) et C.), demeurant tous les deux professionnellement à L-(…), pris en leur qualité de liquidateurs de la société anonyme SOC1.), en liquidation volontaire, établie et ayant son siège social à L-(…), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ….* ».

Contrairement aux développements des parties défenderesses, le fait d'assigner B.) et C.) en leur qualité de liquidateurs de la société SOC1.) n'équivaut pas à les assigner en nom personnel et à les rendre ainsi le cas échéant personnellement responsables des agissements de la SOC1.), ce qui permettrait l'exécution de la décision de justice à intervenir à leur encontre à titre personnel.

En effet, l'expression « *ès-qualités* » signifie qu'une personne est désignée comme représentant légal, institutionnel ou contractuel d'une autre personne. Cette mention permet, entre autres, lorsqu'un jugement est rendu contre une personne ès-qualités de savoir que seuls les biens de la personne représentée sont susceptibles d'être saisis et vendus (Serge BRAUDO, Dictionnaire du droit privé).

Une personne assignée ès-qualités n'est pas tenue en nom personnel et ne peut être condamnée en nom personnel (Cass. 2ème ch.civ. 1er avril 2004, pourvoi n°02-14-864, Bull.Civ. II, n° 147, p.124).

En effet, l'action en responsabilité civile personnelle doit être distinguée de l'action en responsabilité civile exercée contre le mandataire en sa qualité de liquidateur, qui lorsqu'elle l'oblige à réparer, met l'obligation à la charge de l'entreprise.

Puisque la société dissoute subsiste pour les besoins de sa liquidation, jusqu'à ce que celle-ci soit terminée, elle conserve son patrimoine, qui reste le gage commun de ses créanciers (Pandectes belges verbo liquidation des sociétés commerciales, n° 38).

En outre, si la société commerciale en liquidation continue à exister en tant qu'être moral, pour les besoins de la liquidation et jusqu'à son achèvement et qu'elle peut partant être valablement assignée à son siège social, l'acte d'appel peut également être dirigé contre le ou les liquidateurs nommément désignés en leur qualité de liquidateurs de la société (Cour 15 juillet 2009, n° rôle 34186).

En effet, la délivrance d'une assignation à une personne physique prise en sa qualité de représentant légal d'une personne morale permet d'assigner valablement cette dernière (Cass, ch.com. 17 février 2015, n° pourvoi 13-26478 Legifrance, Jurisprudence judiciaire, inédit).

Dans ce cas, l'assignation donnée à la société en liquidation en la personne et au domicile de son liquidateur est régulière.

De même qu'en première instance, les intimés B.) et C.) figurent à l'instance d'appel en tant que représentants de la société SOC1.) en liquidation. Leur qualité de liquidateurs de la société SOC1.) n'étant pas contestée, le moyen d'irrecevabilité de l'appel pour défaut de qualité n'est pas fondé.

Il n'en serait autrement que si le demandeur reprochait une faute personnelle aux intimés, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. En effet, l'acte d'appel, de

même que les conclusions subséquentes sont sans ambiguïté : ce n'est pas la responsabilité de B.) et d'C.) en nom propre qui est recherchée, pour une faute qu'ils auraient accomplie dans le cadre de l'exécution de leur mandat, mais celle de la SOC1.) en liquidation, représentée par ses liquidateurs B.) et C.).

S'il eût été plus judicieux, eu égard aux qualités du jugement entrepris, d'interjeter appel contre la société SOC1.) en liquidation, représentée par ses liquidateurs, il serait contraire au droit d'accès au juge du second degré et au principe du procès équitable de déclarer irrecevable un appel signifié aux liquidateurs, en tant que représentants de la société SOC1.), pour le seul motif qu'en première instance le demandeur avait assigné la société SOC1.) en liquidation, représentée par ses liquidateurs.

La société SOC1.) en liquidation figurant en instance d'appel, l'argument des intimés tendant à dire qu'il y aurait autorité de chose jugée à l'encontre de cette dernière qui s'opposerait à toute modification en instance d'appel à l'encontre de la SOC2.), les deux ayant été condamnées solidairement en première instance, manque en fait.

De même, le moyen d'incompétence soulevé par B.) et C.), ès-qualités, tendant à dire qu'ils ne sont pas les employeurs de A.) est à rejeter au vu de leur qualité de liquidateurs de la société en liquidation, employeur de l'appelant.

L'appel étant recevable à l'égard de B.) et C.), ès-qualités, le moyen d'irrecevabilité de l'appel soulevé par la SOC2.) et tiré de l'indivisibilité du litige est à rejeter également pour n'être pas fondé.

Il suit de tout ce qui précède que l'appel est recevable.

Quant au fond

Les parties intimées, qui ont relevé appel incident, demandent à la Cour, par réformation du jugement entrepris, de dire que le transfert d'entreprise n'a eu lieu que le 31 mai 2014 et que seule une partie du *Private Banking* a été reprise, dont A.) ne faisait pas partie. Il ne saurait partant tirer argument dudit transfert.

Elles exposent que dans le contexte de la crise financière de 2007 à 2009 et des aides financières massives accordées tant par le *Freistaat Bayern* que par l'Etat allemand à la SOC5.), dont la SOC1.) était une filiale, la Commission Européenne a exigé un plan de restructuration massif du groupe SOC5.); que ce plan de restructuration prévoyait notamment une réduction massive des actifs du bilan du groupe SOC5.) à hauteur de quelques 50%, but qui devait être réalisé en particulier par la cession, respectivement la liquidation, de diverses filiales à l'étranger de SOC5.), dont la filiale luxembourgeoise SOC1.); que dans ce contexte de décision de liquidation totale de la SOC1.) et de l'arrêt des activités de celle-ci, il fut décidé de vendre dans la mesure du possible, certains actifs et une certaine clientèle, pour procéder ensuite pour le 31 décembre 2014 au plus tard à la liquidation de tous les actifs restants et ne pouvant être cédés; que seule la SOC2.) se montra intéressée à racheter

certains actifs spécifiés et individualisés de l'activité « *Private Banking and Wealth Management* » de la SOC1.) et de certaines parties du « *Depotgeschäft* » ; que le contrat de vente du 18 décembre 2013 prévoyait en effet le transfert au 31 mai 2014 d'une partie des comptes-clients du *Private Banking* vers la SOC2.) et que cette dernière s'était déclarée d'accord à reprendre à ses services les 22 salariés de la SOC1.) directement affectés aux clients de ces comptes-clients susceptibles d'être repris ; que vu l'impossibilité de transférer toute la SOC1.) avec tout le personnel, cette dernière a entamé une procédure de licenciement collectif pour tous les autres salariés de la banque ; qu'en date du 26 mars 2014, suite à des négociations avec les représentants du personnel, un plan social fut signé ; que le licenciement du 24 avril 2014 a été basé sur le plan social et que A.) s'est vu proposer une transaction telle que négociée dans le cadre du plan social, qu'il a cependant refusé de signer.

A.) ne conteste pas le contexte dans lequel la décision de liquider la SOC1.) a été prise, ni le fait qu'elle a cessé toute activité depuis le 31 décembre 2014. Il conteste cependant les affirmations des intimées relatives au transfert d'entreprise, arguant du fait que tout le département *« Private Banking and Wealth Management* » aurait été repris par la SOC2.) et que les noms des salariés transférés auraient déjà été déterminés en date du 18 décembre 2013, indépendamment du consentement des clients concernés.

Il donne à considérer que la Directive 2001/23/CE du Conseil du 1 mars 2001 précitée, telle qu'elle a été transposée en droit luxembourgeois ainsi que la jurisprudence qui s'en est dégagée tant au Luxembourg que dans les autres Etats membres auraient justement pour but d'éviter le « *cherry picking* », c'est-à-dire que les parties puissent choisir uniquement les actifs attrayants au détriment des contrats de travail qui y sont liés et exclure partant dans la convention de reprise des actifs une partie des contrats de travail qui y sont liés.

A.) se réfère encore à une convention qu'il s'est vue soumettre en date du 28 février 2014, soit deux mois après la signature du contrat de cession du 18 décembre 2013, aux termes de laquelle il devait faire tout son possible pour que 85 à 90 % du volume d'actifs soient transférés le 31 mai 2014 de la SOC1.) vers la SOC2.).

Conformément aux principes généraux qui gouvernent la charge de la preuve, c'est à celui qui se prévaut d'un contrat de travail ou d'un transfert d'entreprise, en l'occurrence le salarié, d'en établir l'existence. Pour établir l'existence d'un transfert d'entreprise, le salarié doit prouver la persistance d'un ensemble de moyens, respectivement le maintien de la structure initiale de l'activité litigieuse ou d'une entité économique qui par son importance pourrait subsister par elle-même, la continuité d'une activité identique ou similaire et la reprise des salariés occupés dans le secteur d'activité transféré.

1) Quant au transfert d'entreprise

a) Cadre juridique

L'article L. 127-2 du Code du travail définit le « transfert » comme *celui d'une entité économique qui maintient son identité et qui constitue un ensemble organisé de moyens, notamment personnels et matériels, permettant la poursuite d'une activité économique essentielle ou accessoire*.

D'après l'article L. 127-3 (1) du Code du travail *les droits et obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire……..Le cédant et le cessionnaire sont, après la date du transfert, responsables solidairement des obligations venues à échéance avant la date du transfert à la suite d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert*.

Le cédant est *toute personne physique ou morale qui, du fait d'un transfert, perd la qualité d'employeur à l'égard de l'entreprise, de l'établissement ou de la partie d'entreprise ou d'établissement*, le cessionnaire étant *toute personne physique ou morale qui, du fait d'un transfert, acquiert la qualité d'employeur à l'égard de l'entreprise, de l'établissement ou de la partie d'entreprise ou d'établissement*.

La directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements dispose en son article 1er, paragraphe 1 que *la 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*.

Cette directive vise à assurer la continuité des relations de travail existant dans le cadre d'une entité économique, indépendamment d'un changement de propriétaire. Le critère décisif pour établir l'existence d'un transfert au sens de cette directive est donc de savoir si l'entité en question garde son identité, ce qui résulte notamment de la poursuite effective de l'exploitation ou de sa reprise.

Pour déterminer si les conditions d'un transfert d'une entité économique organisée de manière stable sont remplies, il y a lieu de prendre en considération l'ensemble des circonstances de fait qui caractérisent l'opération en cause, au nombre desquelles figurent notamment le type d'entreprise ou d'établissement dont il s'agit, le transfert ou non d'éléments corporels, tels que les bâtiments et les biens mobiliers, la valeur des éléments incorporels au moment du transfert, la reprise ou non de l'essentiel des effectifs par le nouveau chef d'entreprise, le transfert ou non de la clientèle, ainsi que le degré de similarité des activités exercées avant et après le transfert et la durée d'une

éventuelle suspension de ces activités. Ces éléments ne constituent toutefois que des aspects partiels de l'évaluation d'ensemble qui s'impose et ne sauraient, de ce fait, être appréciés isolément.

Ce sont donc la persistance d'un ensemble de moyens de production organisés et la poursuite d'une activité identique ou similaire qui doivent être considérées.

b) Contrat de vente du 18 décembre 2013

Les parties sont en désaccord concernant l'objet de la vente du 18 décembre 2013, l'appelant faisant valoir que, tel que l'ont retenu les juges de première instance, l'entier département « *Private Banking and Wealth Management* » aurait été transféré et les intimées faisant plaider que seuls certains éléments de l'activité de « *Private Banking* » auraient été vendus à la SOC2.), dont A.) ne faisait pas partie.

Le contrat de vente du 18 décembre 2013 précise dans son intitulé qu'il concerne « *den Verkauf und die Uebertragung der Geschäftsfelder « Private Banking » und « Depotbank » der SOC1.)* ».

Il est précisé audit contrat sous « *Definitionen* » : « *Private Banking : wie in Ziffer 2.1 definiert* », « *Depotbankgeschäft : wie in Ziffer 2.1 definiert* »,"*Uebertragungsstichtag: Für das Private Banking 31 Mai 2014…*"
Or, il résulte des articles 2.1 (« *Kaufgegenstand* ») et 4 (« *Gegenstände die nicht vom Käufer übernommen werden* ») dudit contrat de vente que les activités du *Private Banking* n'ont pas été cédées dans leur intégralité. D'une part, les parties ont expressément exclu du transfert certaines relations-clients dès la signature du contrat (article 4.1 (b) à (k)), et d'autre part, elles ont convenu que le transfert des relations-clients cédées était subordonné à l'accord des clients concernés (article 2.1 (a)).

Il est encore précisé que le prix sera fixé en fonction d'un pourcentage de la valeur des avoirs transférés au 31 mai 2014 (article 8 du contrat) et sera payable à partir du 31 mai 2013 (article10).

Il résulte en outre de l'article 2.1(f), de l'annexe 17.1(a)-1 et de l'organigramme de la SOC1.) (pièce 2-2a de la farde de pièces I de Maître BERNS) que sur les 51 personnes ayant travaillé dans le service du « *Private Banking and Wealth Management* », seules 23 ont été cédées par la SOC2.), dont 12 travaillaient dans le service de A.), qui comptait en tout 25 personnes.

L'article 17.5 soumet le transfert des 23 contrats de travail aux dispositions des articles L.127-1 et suivants du Code du travail.

Il a été souligné par les juges de première instance et n'a jamais été contesté que A.) ne figure pas sur la liste des 23 personnes transférées (annexe 17.1 (a)-1).

Le transfert des comptes étant soumis à l'accord des clients concernés, l'objet ainsi que le prix de la vente n'étaient pas définis en date du 18 décembre 2013

lors de la signature du contrat et devaient être fixés définitivement pour le 31 mai 2014 en fonction du volume des avoirs finalement transférés. Le transfert n'est partant devenu parfait qu'en date du 31 mai 2014.

A partir de cette date, la SOC2.) est devenu l'employeur des salariés transférés.

Il suit de tout ce qui précède que, contrairement aux affirmations de A.), et à ce qu'ont retenu les juges de première instance, il ne résulte pas du contrat de vente du 18 décembre 2013, que l'entier département « *Private Banking and Wealth Management* » a été transféré et que l'emploi dans lequel était occupé A.) existait encore suite au transfert.

Or, la doctrine et la jurisprudence s'accordent pour dire que ce qui est déterminant pour la théorie du transfert d'entreprise c'est la survie du poste du travail, en d'autres termes, il faut que l'activité du salarié se perpétue (Cour 13 novembre 2008, n°33669 du rôle).

Cette prémisse n'étant pas établie, il n'y a pas lieu d'appliquer les articles L.127-1 à L.127-3 du Code de travail à l'encontre de A.), dès lors que son poste ne faisait pas partie de l'entité transférée en date du 31 mai 2014.

2) Quant à la régularité du licenciement

C'est par une saine appréciation et pour des motifs que la Cour fait siens que les juges de première instance ont retenu que la lettre de motivation remplit les critères de précision exigés par la loi et la jurisprudence.

Il convient quant aux motifs du licenciement de renvoyer à l'article 4 de la Directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 précitée qui dispose que si le transfert d'une entreprise, d'un établissement ou partie d'un établissement ne constitue pas un motif de licenciement pour l'employeur, cette disposition ne fait toutefois pas obstacle à des licenciements qui peuvent intervenir pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi. Un licenciement avant transfert ou fusion, voire en vue d'une fusion n'est dès lors pas à considérer automatiquement comme licenciement frauduleux tendant à faire échec aux dispositions protectrices légales ou conventionnelles (Cour 29 février 1996 F.)/SOC4.) (Luxembourg) n° 15091 du rôle).

La directive se limite donc à interdire les licenciements dont le transfert est le seul motif (Mémorandum sur les droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, Document de travail des services de la Commission, n° 3.7).

En l'espèce, la Cour retient qu'il n'est pas établi que le licenciement visait à éluder les dispositions protectrices du Code du travail.

En effet, il n'est pas contesté que la SOC1.) devait arrêter toutes ses activités et procéder au licenciement de tous ses salariés, à moins de trouver un repreneur pour tout ou partie de ses activités.

La cause du licenciement n'a partant pas été le transfert de l'entité cédée, mais la décision préalable, non contestée, de dissoudre et de liquider la SOC1.).

La décision de ne transférer qu'une partie des activités du *Private Banking* ainsi qu'une partie (la moitié) des salariés occupés dans ce service, sachant que le service *Private Banking* de la SOC1.) ne pouvait être transféré tel quel, mais devait être intégré dans le service correspondant auprès de la cessionnaire, est motivée et justifiée par le contexte économique et la nécessité de réorganisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi.

Il y a partant lieu par réformation du jugement entrepris de dire que le licenciement intervenu en date du 24 avril 2014 est régulier, de sorte que A.) est à débouter de ses demandes en réintégration, sinon en indemnisation3w des préjudices matériel et moral qu'il affirme avoir subis.

De même, au vu de ce qui précède, il y a lieu de le débouter de sa demande tendant à voir poser une question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union Européenne.

Pour être complet, la Cour précise que le contrat de A.) a été résilié avec effet au 31 octobre 2014. Or, il ne résulte d'aucun élément du dossier que A.) aurait contesté son licenciement auprès de la SOC2.). S'il estimait que son contrat de travail avait été transféré à la SOC2.) en date du 18 décembre 2013, il lui aurait incombé d'adresser sa lettre de demande de motifs et de protestation également à cette dernière, en sa qualité de nouvel employeur. Or, il est constant en cause que A.) ne s'est jamais adressé la SOC2.) pour l'informer qu'il contestait son licenciement et qu'il exigeait qu'en tant qu'employeur, elle lui procure du travail.

3) Quant aux indemnités de procédure

Au vu de l'issue du litige, A.) est à débouter de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure, tant pour la première instance que pour l'instance d'appel. Il y a partant lieu de réformer le jugement entrepris.

Les intimées n'ayant pas établi en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge l'intégralité des frais exposés et non compris dans les dépens, leurs demandes en allocations d'une indemnité de procédure basées sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile, sont à rejeter.

PAR CES MOTIFS :

la Cour, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat de la mise en état, vu l'article 227 du Nouveau code de procédure civile,

dit l'appel principal de A.) recevable,

dit les appels incidents de B.) et C.), pris en leur qualité de liquidateurs de la SOC1.) en liquidation, et de la société anonyme SOC2.) recevables,

dit l'appel principal non fondé,

dit les appels incidents fondés,

réformant,

dit le licenciement intervenu en date du 24 avril 2014 régulier,

déboute A.) de ses demandes en nullité et en réintégration et en indemnisation des préjudices matériel et moral,

partant décharge la société en liquidation SOC1.), représentée par ses liquidateurs B.) et C.), agissant ès qualités, et la société anonyme SOC2.) des condamnations prononcées à leur encontre par les juges de première instance,

déboute les parties de leurs demandes basées sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile,

condamne A.) aux frais et dépens de l'instance d'appel, avec distraction au profit des sociétés anonymes ARENDT & MEDERNACH et ELVINGER HOSS PRUSSEN, sur leurs affirmations de droit.

La lecture de cet arrêt a été faite à l'audience publique indiquée ci-dessus par Lotty PRUSSEN, président de chambre, en présence du greffier Alain BERNARD.