O R D O N N A N C E

rendue à l'audience publique du douze novembre deux mille neuf en matière de protection spéciale contre le licenciement en application de l'article L.415-11 du Code du travail par Monsieur Roger LINDEN, conseiller à la huitième chambre de la Cour d'appel à laquelle sont attribués les appels en matière de droit du travail, assisté de Monsieur le greffier Paul Wagner,

sur une requête d'appel déposée le 25 août 2009 par la société anonyme A dans une affaire se mouvant

entre:

la société anonyme de droit belge AS.A., établie et ayant son siège social à B-, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, ayant une succursale au Grand-Duché de Luxembourg, A, LUXEMBOURG BRANCH, établie et ayant son siège social à L-, représentée par son chargé de la gestion journalière,

comparant par Maître Alex SCHMITT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

B, demeurant à L-;

comparant par Maître Sabrina MARTIN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

Les rétroactes.

B, président de la délégation du personnel de la A a, par requête déposée le 2 avril 2009, saisi la présidente du tribunal du travail de Luxembourg aux fins de voir constater qu'il a été par lettre recommandée du 25 mars 2009 licencié avec un préavis de six mois par son employeur avec dispense de travail à partir du 1er avril 2009 pendant toute la durée du préavis, de sorte qu'il a conclu à voir déclarer nul et sans effet ledit licenciement sur base de l'article 415-11(1) du Code du travail, ordonner son maintien, sinon sa réintégration au sein de la société sur base de la même disposition, sinon par application de l'article L.124-12 du même code, ordonner le maintien de la rémunération sur base de l'article L.415-11(3) du Code du travail, condamner la société à lui verser une indemnité de procédure de 750 € et ordonner l'exécution provisoire de l'ordonnance à intervenir nonobstant opposition ou appel.

Par ordonnance numéro 2921/2009 du 22 juillet 2009, la présidente du tribunal du travail de Luxembourg a dit que le licenciement de B du 25 mars 2009 était nul et de nul effet, ordonné son maintien au sein de la société, déclaré sans objet la demande en maintien de la rémunération, condamné la société à payer au requérant une indemnité de procédure de 500 €, ordonné l'exécution provisoire de l'ordonnance sans caution et nonobstant toute voie de recours et condamné la défenderesse aux frais et dépens de l'instance.

La société a justifié le licenciement opéré en raison de la cessation définitive de l'activité de transport de la succursale luxembourgeoise dès le mois de décembre 2008, date à partir de laquelle les camions n'auraient plus circulé et auraient été vendus. Elle ne disposerait plus de la licence communautaire depuis le 8 janvier 2009 et aurait requis le 11 mars 2009 l'annulation de l'autorisation d'établissement no 60162/0 lui délivrée par le ministère des classes moyennes, annulation intervenue le 23 mars suivant. Soutenant que la protection légale telle qu'instaurée par l'article L.415-11 du Code du travail ne saurait l'obliger à maintenir son activité et que la poursuite du contrat de travail serait devenue impossible en raison de la cessation de ses activités, elle a conclu au débouté de la demande.

Le magistrat de première instance a retenu que, même à supposer établie la cessation de son activité de transport de marchandises par route depuis le mois de décembre 2008, la société n'a cependant pas cessé ses autres activités et n'a pas été mise en liquidation de sorte que la continuation des relations de travail n'est pas devenue matériellement impossible. Il a dit que la société qui n'était partant pas en droit de licencier le délégué du personnel aurait dû le réaffecter à une autre activité au sein même de l'entreprise et rejeté le moyen de la défenderesse tirée de l'incompatibilité

des fonctions antérieures du demandeur avec la nature de l'activité continuée de la société en retenant que même si le requérant avait été engagé en qualité de chauffeur de poids lourds, le contrat de travail disposerait que ce dernier « travaillera pour la société en cette qualité ou dans toute autre qualité que la société pourra lui assigner au fil du temps ». Il a encore relevé que suite au licenciement de six chauffeurs opéré le 9 décembre 2008, le requérant avait été affecté à des tâches résiduelles correspondant à sa qualification. Il a déclaré sans objet la demande en maintien de la rémunération, le maintien des relations de travail et le cas échéant la réintégration au sein de l'entreprise comportant nécessairement le maintien du salaire et l'obligation de le payer.

Par requête déposée le 25 août 2009 au greffe de la Cour d'appel, la société anonyme de droit belge A a demandé au président de la chambre de la cour d'appel siégeant en matière d'appel de droit du travail de réformer l'ordonnance entreprise et de voir déclarer non fondées les demandes en nullité du licenciement et en maintien du salarié dans la société, de même que de rejeter celle en maintien de la rémunération. Elle a demandé subsidiairement au magistrat d'appel de lui indiquer :

- à quel poste de travail B devra être réaffecté ; et

- le montant du salaire à lui attribuer en cas de réaffectation à un autre poste de travail, alors que les rémunérations des chauffeurs restent plus élevées que celles allouées aux autres salariés de l'entreprise en raison de la classification opérée par la convention pour les transports professionnels de marchandises par route ;

y faisant droit, acter l'acceptation expresse de B à la modification de ses conditions de travail comme suit :

- acceptation du poste de travail imposé par la Cour, et

- acceptation de la réduction telle que correspondant à celle du poste de travail imposé par la Cour,

et à se voir relever du paiement de l'indemnité de procédure.

B conclut à la confirmation de l'ordonnance déférée et à se voir allouer une indemnité de procédure de 1.000 €.

<u>Les moyens de A.</u>

L'appelante fait valoir que l'ordonnance attaquée a été prise sur base de l'article 415-11(3) du Code du travail, inapplicable en l'espèce, de sorte

qu'elle se réserve tous droits et notamment celui de se pourvoir en cassation.

Elle expose que suite à une baisse de son chiffre d'affaires pour l'activité de transport de marchandises par route et d'une perte enregistrée durant les exercices 2006 à 2008, elle a résilié au 1er août 2008 des contrats de location d'entrepôts, vendu des camions et semi-remorques, licencié six chauffeurs le 9 décembre 2008, deux délégués du personnel le 25 mars 2009, un des deux employés de bureau avec effet au 15 mai 2009, l'autre ayant déjà démissionné avec effet au 31 janvier 2009. Elle fait valoir que suite à la cessation de l'activité de transport par marchandises sur route, elle exerce actuellement les activités suivantes :

- activité d'entreposage de marchandises, avec cependant un entrepôt d'une superficie de 498 m2, et non plus de 4050 m2 : actuellement 2 personnes sont occupées à ce service et elles ne prestent que 2 heures de travail par jour chacune, bien qu'elles soient rémunérées à raison de 8 heures par jour, et ce, en raison du manque d'activité ;

- activité de dédouanement, qui reste cependant en baisse constante depuis plusieurs mois… Cette baisse a été accentuée par la perte de deux (JVC Italie et JVC Espagne) plus gros clients de A au mois d'avril 2008 et qui représentaient la plus grande partie des revenus A dans le cadre de cette activité. Cette activité s'effectue désormais avec des sociétés tierces qui remettent à A les demandes en dédouanement pour le compte de leurs clients ;

- activité d'export : il s'agit de l'exportation de marchandises pour certains de ses clients, vers le Canada, les Etats-Unis et la Turquie, par voie d'acheminement par LUXAIR. Pour d'autres clients, A réceptionne la marchandise par avion, la stocke dans son entrepôt et après dédouanement et contrôle, la remet en palettes et la réexpédie via CARGOLUX, LUFTHANSA ou une autre compagnie de cargo aérien ; et

- activité de gestion administrative, qui consiste essentiellement en un travail de bureau, comme par exemple, la gestion des factures, des appels téléphoniques, des fournisseurs, des clients.

Suite à une demande de renseignements supplémentaires émanant du magistrat d'appel, elle a précisé avoir déjà procédé le 8 octobre 2008 au licenciement de cinq salariés, de six salariés le 9 décembre 2008, de chaque fois deux salariés les 12 février et 13 mai 2009, en plus du licenciement de deux délégués prononcé le 25 mars 2009, dont l'intimé. Elle précise qu'elle occupe encore actuellement, abstraction faite de ceux des salariés se trouvant en période de préavis, huit salariés, dont quatre délégués syndicaux.

Elle fait valoir que la protection légale des délégués du personnel ne prime pas le principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre de l'employeur fondant le pouvoir de direction du chef d'entreprise, de même que cette même protection ne doit pas engendrer une discrimination par rapport aux salariés ne bénéficiant pas d'une telle protection. L'appelante fait encore valoir qu'imposer à l'employeur, tel que l'a fait le juge de première instance, l'obligation de réaffecter le salarié protégé à un autre poste de travail dans l'entreprise n'est pas justifié en l'absence de base légale prévoyant une telle obligation, en raison du fait qu'il est le seul à pouvoir prendre les décisions susceptibles de ne pas mettre en péril la survie de l'entreprise et de l'impossibilité pour l'employeur de modifier les conditions de travail du salarié protégé.

Tirant argument de ces considérations, l'appelante demande au magistrat d'appel de saisir la Cour Constitutionnelle aux fins de lui soumettre les questions préjudicielles suivantes :

« 1) la protection absolue des membres titulaires et suppléants des différentes délégations du personnel, le /la délégué(e) à l'égalité et le /la délégué(e) à la sécurité, contre le licenciement pendant la durée de leur mandat, tel qu'érigé par l'article L.415-11 du Code du travail est-elle conforme aux articles 10 bis (1) et 11 (6), pris ensemble ou séparément, de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg ?

En d'autres termes, l'interdiction absolue de licencier les membres titulaires et suppléants des différentes délégations du personnel, le /la délégué(e) à l'égalité et le /la délégué(e) à la sécurité, pendant leur mandat, ne porte-t-elle pas atteinte au principe fondamental de la liberté d'entreprendre dont l'employeur tire son pouvoir de direction, lorsque l'employeur qui ne se trouve dans aucun des cas de cessation de plein droit du contrat de travail tels que prévus par la loi, se voit contraint de résilier la relation contractuelle de travail d'un délégué du personnel pour motifs économiques aux fins de sauver son entreprise ?

2) A supposer qu'une atteinte au principe fondamental de la liberté d'entreprendre, dont l'employeur tire son seul pouvoir de direction, soit admise, l'interdiction formelle faite à l'employeur de licencier conformément à l'article L.415-11 du Code du travail, est-elle proportionnée et adaptée à l'objectif poursuivi par le principe de protection exceptionnelle des délégués du personnel contre le licenciement qui a été érigé dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent ?

Plus précisément, l'objectif poursuivi par le principe de la protection exceptionnelle des délégués du personnel contre le licenciement en ce que ces derniers représentent l'ensemble des travailleurs, exige-t-il de manière

impérative et absolue que les délégués du personnel soient protégés contre le licenciement même en cas de motif non inhérent à leur personne, et plus particulièrement, lorsque l'employeur rencontre des difficultés économiques sérieuses ? ».

Les moyens de B.

Il conclut au rejet du moyen tiré de l'article L.415-11(3) du Code du travail, la référence à cette disposition dans l'ordonnance relevant d'une erreur matérielle.

Il souligne avoir été engagé par la société A et affecté à sa succursale luxembourgeoise depuis 1994, date du début des relations de travail. Il fait valoir que même si l'activité de transport par route de marchandises a été supprimée, d'autres activités continuent d'être effectuées par la succursale luxembourgeoise, tout comme il soutient qu'il reste au service de la société-mère dont il n'est pas soutenu qu'elle ait cessé ses activités ou se retrouve en difficultés économiques. Prenant acte des renseignements complémentaires fournis par la société, il soutient qu'en procédant successivement au licenciement de plusieurs membres du personnel, dont les deux délégués, la société a clairement manifesté sa volonté de se soustraire à l'établissement d'un plan social, violant ainsi les dispositions de l'article L.166-1 du Code du travail.

Il fait enfin valoir que la protection légale dont il bénéficie est attachée non pas à sa personne, mais à sa fonction de sorte que cette différence de traitement par rapport à un salarié n'en bénéficiant pas est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but. Cette protection devrait primer la liberté du commerce et de l'industrie.

Il conclut à la non-pertinence de la question préjudicielle.

Discussion

Le moyen de l'appelante tiré de l'inapplication de l'article L.415-11(3) du Code du travail est à rejeter. Outre le fait qu'elle ne fait que se réserver le droit de se pourvoir en cassation contre l'ordonnance, le moyen procède d'une lecture incorrecte de la décision déférée dans laquelle la présidente de la juridiction du travail a, par application de l'article L.415-11(1) du Code du travail, prononcé la nullité du licenciement, ordonné le maintien du salarié au sein de la société A et dit sans objet la demande en maintien de la rémunération, le maintien des relations de travail impliquant nécessairement celui du salaire. La seule référence expresse à la disposition litigieuse se trouve non pas dans le corps de l'ordonnance, mais dans les qualités qui n'en font pas partie et ne sont pas le fait du magistrat

de première instance, le renvoi à l'article L.415-11(3) du Code du travail constituant de toute évidence une pure erreur matérielle.

Il n'y a pas lieu d'examiner les développements de l'intimé tiré de la violation alléguée de l'article L.166-1 du Code du travail en ce que l'employeur se serait délibérément soustrait à son obligation d'établir un plan social. Outre le fait que les conditions prévues par l'article L.166-1(1) pour l'établissement d'un tel plan social ne sont pas remplies, le magistrat d'appel siégeant en matière de droit du travail n'est pas saisi d'une demande en nullité basée sur l'article L.166-2(8) du Code du travail.

Il est admis que la protection spéciale du délégué du personnel contre le licenciement durant l'exercice de son mandat continue de s'appliquer en cas de cessation non complète et définitive des activités de l'employeur, la finalité de cette protection légale étant de permettre au délégué de représenter et de défendre les intérêts de l'ensemble des salariés de l'entreprise en toute indépendance et à l'abri de tout risque de représailles, les intérêts des salariés restant occupés dans l'entreprise devant continuer d'être dûment défendus par leurs délégués.

Cette protection légale du délégué n'engendre pas de discrimination par rapport aux salariés n'en bénéficiant pas et ne viole partant pas le principe de l'égalité des citoyens devant la loi tel qu'inscrit à l'article 10 bis de la Constitution dès lors qu'elle est accordée aux délégués du personnel en raison de la mission leur confiée et qu'ils ne se trouvent de ce fait pas dans une situation comparable à celle des autres salariés de l'entreprise.

Les conclusions de l'appelante en ce qu'elles tendent à voir soumettre à la Cour Constitutionnelle une question préjudicielle relative à la violation de l'article 10 bis de la Constitution sont partant à rejeter, ladite question étant dénuée de tout fondement.

Selon l'article 11(6) de la Constitution, *« la loi garantit la liberté du commerce et de l'industrie, l'exercice de la profession libérale et du travail agricole, sauf les restrictions à établir par le pouvoir législatif. »*

Le texte constitutionnel spécifie expressément que des restrictions légales peuvent être apportées à la liberté du commerce et de l'industrie. Ces restrictions doivent toutefois rester légitimes et proportionnées au but recherché.

Les questions telles que proposées par l'appelante ne sont pas d'ores et déjà dénuées de tout fondement en ce que, même si la loi institue une protection absolue du délégué contre le licenciement durant l'exercice de son mandat - mis à part le cas de la faute grave prévue à l'article L.415-11 (2) du Code du travail et les causes de cessation légale du contrat de travail

prévues à l'article L.125-1(1) du même code - cette protection se trouve en conflit avec le pouvoir de direction de l'employeur qui est maître d'organiser respectivement de restructurer son entreprise, notamment au moyen de suppressions d'emplois liées à des nécessités économiques.

La protection légale dont bénéficie le délégué du personnel oblige le chef d'entreprise, alors même que ledit délégué fait partie du personnel de la branche d'activités supprimée, à continuer à l'employer au sein de l'entreprise, par hypothèse à un poste autre que celui occupé auparavant.

L'annulation judiciaire du licenciement d'un délégué du personnel prononcé en cours de mandat opère rétroactivement de sorte que le contrat de travail est réputé ne jamais avoir été résilié, le délégué étant maintenu respectivement réintégré dans les fonctions occupées antérieurement.

Le maintien du délégué à son poste de travail peut cependant se heurter à une impossibilité matérielle pour l'employeur pour le cas où ce dernier ne dispose pas de poste vacant dans le ou les secteurs d'activités non supprimés ou correspondant aux qualifications du délégué, l'employeur ne pouvant décemment être obligé de licencier un autre salarié aux fins de le remplacer par ledit délégué, l'alternative consistant tout au plus à continuer à employer un délégué à ne rien faire. La continuation des relations de travail implique en fait l'obligation pour l'employeur de réaffecter le délégué à un autre poste de travail au sein de l'entreprise, obligation qui telle quelle ne ressort d'aucune disposition de la loi.

L'employeur fait enfin valoir à titre subsidiaire qu'il sera éventuellement amené en cas de maintien des relations de travail avec le délégué du personnel à devoir lui proposer un poste de travail comportant des modifications essentielles de son contrat de travail en sa défaveur, consistant soit en une rémunération moins importante, soit en un emploi à exercer auprès de la société mère en Belgique. Cependant, le refus de ce dernier d'accepter ces modifications et sa démission subséquente seraient, d'après l'article L.121-7 du Code du travail, considérés comme un licenciement, par principe légalement prohibé.

La question telle que reformulée au dispositif de l'ordonnance n'ayant pas encore fait l'objet d'une décision de la Cour Constitutionnelle et la réponse à y donner étant susceptible d'avoir une incidence sur le sort de l'appel, il convient avant tout autre progrès en cause de saisir la Cour Constitutionnelle et de surseoir à statuer en attendant l'arrêt à intervenir.

PAR CES MOTIFS:

le magistrat remplaçant le président et les magistrats plus anciens en rang de la chambre de la Cour d'appel à laquelle sont attribués les appels en matière de droit du travail, tous légitimement empêchés, statuant contradictoirement

reçoit l'appel,

avant tout autre progrès en cause

soumet à la Cour Constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

l'article L.415-11.(1) du Code du travail en ce qu'il interdit à l'employeur de licencier le délégué du personnel durant son mandat, le mettant ainsi à l'abri de toute mesure de réduction du personnel notamment en cas de suppression totale d'une branche de l'activité de l'entreprise à laquelle il est affecté, est-il conforme à l'article 11(6) de la Constitution garantissant la liberté du commerce et de l'industrie?

sursoit à statuer en attendant l'arrêt à prendre par ladite juridiction

ordonne tous devoirs de droit.