

**TRANSFERT D'ENTREPRISE** Conditions – Caractérisation (non) – Réintégration du salarié à son poste – Réintégration à l'effectif et non à son poste – Dispenses d'activité – Licenciement – Action en référé – Nullité du licenciement – Réintégration du salarié.

CONSEIL DE PRUD'HOMMES DE METZ (Référé) 28 juillet 2016

B. contre SAS Asco Industries

Les faits :

Monsieur B. a été engagé par la société Safe le 6 septembre 1982 en qualité de tuyauteur ; à compter du 31 octobre 1992, le contrat s'est poursuivi avec la société Ascometal en qualité d'équipier au service parachèvement ; depuis le 18 avril 2013, il exerce les fonctions d'agent d'accueil et de sureté – niveau 3 – échelon 2 – coefficient 224 de la convention collective de la sidérurgie ; il n'est pas contesté que Monsieur B. est reconnu travailleur handicapé par la MDPH avec un taux d'incapacité entre 50 et 79 % ;

Lors de la reprise d'Ascometal, suite au jugement du Tribunal de commerce du 22 mai 2014, son contrat s'est poursuivi avec la société Asco Industries ;

Il est constant que, le 30 octobre 2015, la société Seris Facility lui a écrit pour l'informer qu'à compter du 1<sup>er</sup> novembre 2015, son contrat de travail était transféré, dans le cadre de l'externalisation des prestations de gardiennage, de surveillance et d'accueil des sites Asco Industries ;

Monsieur B. a contesté son transfert chez Seris auprès d'Asco Industries, qui lui a répondu qu'il ne faisait plus partie de ses effectifs ;

Monsieur B. a contesté le transfert de son contrat de travail devant le Conseil de prud'hommes de Metz statuant en référé ;

Par ordonnance du 25 février 2016, la formation de référé du Conseil de prud'hommes de Metz, aux vises des articles R.1455-5, R.1455-6 et R.1455-7 du Code du travail, a constaté que les conditions de l'article L.1224-1 du Code du travail et de la directive du 12 mars 2001 n'étaient pas réunies et l'existence d'un trouble manifestement illicite et, en conséquence, ordonné à la SAS Asco Industries de réintégrer sans délai Monsieur B. dans son emploi eu sein du site d'Hagondange, ordonnance assortie d'une astreinte provisoire de 150 euros par jour de retard à compter du 8<sup>ème</sup> jour suivant sa notification... ;

Il est constant que la SAS Asco Industries a fait appel de cette ordonnance, et que l'appel sera examiné par la Cour d'appel de Metz à l'audience du 11 octobre 2016 ;

Le 9 mars 2016, Monsieur B. s'est adressée à la SAS Asco Industries, l'informant qu'« après avoir pris connaissance de l'ordonnance de référé du Conseil de prud'hommes de Metz, en date du 25 février 2016, je vous sollicite afin de discuter, à titre amiable, de plusieurs points :

*Subrogation lors des périodes d'arrêts maladie couvrant les mois de novembre 2015 à mars 2016 ?*

*Pourriez-vous me fixer sur les modalités de ma réintégration ?*

*Pourrais-je avoir un entretien individuel pour faire un point complet sur ma situation à Asco Industries ?*

*Dans l'attente d'une réponse rapide, je me tiens à votre disposition pour tout autre renseignement complémentaires » ;*

Qu'entre temps, par ordonnance du 21 avril 2016, la première Présidente de la Cour d'appel de Metz a rejeté la requête de la SAS Asco Industries demandant l'arrêt de l'exécution provisoire attachée à l'ordonnance du 25 février 2016 ;

Par courrier du 29 février 2016, ayant pour objet une « dispense d'activité temporaire », la SAS Asco Industries a informé Monsieur B. que, « dans l'attente de l'analyse de la décision rendue par le Conseil de prud'hommes de Metz le 25 février 2016, au regard des contraintes pesant sur notre organisation et en considération des voies de recours dont dispose notre société, nous vous dispensons temporairement d'activité. À ce stade, cette dispense vous est notifiée pour une période de 15 jours calendaires à compter de la première présentation de la présente. Votre rémunération vous sera maintenue pendant cette période » ;

Par courrier du 14 mars 2016, ayant pour objet une « prolongation d'une dispense d'activité temporaire », la SAS Asco Industries a informé Monsieur B. que « les contraintes qui pèsent sur Asco Industries, compte tenu des effets de l'ordonnance rendue le 25 février 2016 par le Conseil de prud'hommes de Metz, ne nous permettent pas, à l'heure actuelle, d'envisager votre réintégration à votre ancien poste de travail.

*Dans l'attente de l'analyse des éventuelles alternatives organisationnelles auxquelles nous pourrions recourir, et compte tenu des voies de recours dont nous disposons, nous vous notifions par la présente la prolongation de votre dispense provisoire. À ce stade, votre dispense d'activité est prolongée pour une période d'un mois calendaire, commençant à courir à compter de l'expiration de la précédente dispense d'activité qui vous a été notifiée le 4 mars 2016. Votre rémunération vous sera maintenue pendant cette période » ;*

Par courrier du 20 avril 2016, ayant pour objet une « prolongation d'une dispense d'activité temporaire », la SAS Asco Industries a informé Monsieur B. que, « par courrier en date du 14 mars 2016, nous vous avons notifié votre dispense provisoire d'activité pour une durée d'un mois calendaire en raison de l'attente de l'analyse de la décision rendue par le Conseil de prud'hommes de Metz le 25 février 2016.

*Par la présente, nous vous informons que cette dispense est prolongée jusqu'au 30 avril 2016 inclus. Votre rémunération vous sera maintenue pendant cette période » ;*

Par courrier du 29 avril 2016, ayant pour objet une « prolongation d'une dispense d'activité temporaire », la SAS Asco Industries a informé Monsieur B. que, « par courrier en date du 20 avril 2016, nous vous avons

notifié votre dispense provisoire d'activité pour une durée de 15 jours en raison de l'attente de l'analyse de la décision rendue par le Conseil de prud'hommes de Metz le 25 février 2016.

Par la présente, nous vous informons que cette dispense est prolongée jusqu'au 15 mai 2016 inclus. Votre rémunération vous sera maintenue pendant cette période » ;

Le 9 mai 2016, la SAS Asco Industries a adressé à Monsieur B. une lettre en ces termes : « Nous vous informons que nous sommes amenés à envisager à votre égard une mesure de licenciement.

Asco Industries a décidé, sur l'ensemble de ses établissements en France, de confier la prestation d'accueil et de gardiennage de ses sites à un prestataire. Les critères de l'article L.1224-1 du Code du travail étant satisfaits, votre contrat a été automatiquement transféré au sein de la société Seris à compter du 1<sup>er</sup> novembre 2015.

Le 25 février 2016, le Conseil de prud'hommes de Metz a ordonné votre réintégration au sein de l'établissement d'Asco Industries Hagondange, dans votre emploi, au poste que vous occupiez avant votre transfert chez Seris.

Or, votre réaffectation sur le site nous est impossible en raison des contraintes contractuelles, matérielles et opérationnelles pesant sur la société, et notamment du trouble objectif causé par cette réintégration et l'impact qu'elle a en termes d'organisation de la sécurité du site et de son environnement direct, s'agissant d'un site industriel de grande superficie se caractérisant par une sûreté périmétrique difficile à assurer et doté de matériaux et matériels stratégiques à forte valeur et facilement négociables. Ces raisons nous contraignent à envisager la rupture de votre contrat de travail.

En conséquence, nous vous demandons de bien vouloir vous présenter le jeudi 19 mai à 11h 00 à mon bureau, pour un entretien préalable à une éventuelle mesure de licenciement. Vous pourrez, lors de cet entretien, nous faire part de vos observations et, si vous le désirez, vous faire assister par une personne de votre choix appartenant nécessairement au personnel de la société ».

Puis, par courrier du 13 mai 2016, ayant pour objet une « prolongation d'une dispense d'activité temporaire », la SAS Asco Industries a informé Monsieur B. que, « par courrier en date du 20 avril 2016, nous vous avons notifié votre dispense provisoire d'activité pour une durée de 15 jours en raison de l'attente de l'analyse de la décision rendue par le Conseil de prud'hommes de Metz le 25 février 2016.

Par la présente, nous vous informons que cette dispense est prolongée jusqu'au 28 mai 2016 inclus. Votre rémunération vous sera maintenue pendant cette période »

Néanmoins, par un second courrier du 13 mai 2016, la SAS Asco Industries a informé Monsieur B. qu'« en raison d'un impératif, nous sommes contraints de devoir reporter le rendez-vous initialement prévu le 19 mai 2016 à 11h 00. C'est pourquoi, nous vous adressons cette nouvelle convocation.

Nous vous informons que nous sommes amenés à envisager à votre égard une mesure de licenciement. Asco Industries a décidé, sur l'ensemble de ses

établissements en France, de confier la prestation d'accueil et de gardiennage de ses sites à un prestataire. Les critères de l'article L.1224-1 du Code du travail étant satisfaits, votre contrat a été automatiquement transféré au sein de la société Seris à compter du 1<sup>er</sup> novembre 2015.

Le 25 février 2016, le Conseil de prud'hommes de Metz a ordonné votre réintégration au sein de l'établissement d'Asco Industries Hagondange, dans votre emploi, au poste que vous occupiez avant votre transfert chez Seris.

Or, votre réaffectation sur le site nous est impossible en raison des contraintes contractuelles, matérielles et opérationnelles pesant sur la société, et notamment du trouble objectif causé par cette réintégration et l'impact qu'elle a en termes d'organisation de la sécurité du site et de son environnement direct, s'agissant d'un site industriel de grande superficie se caractérisant par une sûreté périmétrique difficile à assurer et doté de matériaux et matériels stratégiques à forte valeur et facilement négociables. Ces raisons nous contraignent à envisager la rupture de votre contrat de travail.

En conséquence, nous vous demandons de bien vouloir vous présenter le lundi 23 mai à 11h 00 à mon bureau, pour un entretien préalable à une éventuelle mesure de licenciement. Vous pourrez, lors de cet entretien, nous faire part de vos observations et, si vous le désirez, vous faire assister par une personne de votre choix appartenant nécessairement au personnel de la société » ;

Par courrier du 17 mai 2016, ayant pour objet une « demande de reclassement », Monsieur B. a accusé réception du courrier de la SAS Asco Industries du 13 mai 2016, et a précisé que « concernant le rendez-vous initial pour une mesure de licenciement à mon égard prévue le 23 mai 2016 à 11h 00. En vu des éléments, il s'agit d'un licenciement économique suite à la suppression de mon poste.

Le licenciement des salariés de 50 ans et plus est strictement encadré par la loi et des mesures visent à favoriser le maintien en poste des seniors avec une obligation de reclassement. Or, à ce jour, je n'ai pas reçu de proposition de reclassement de votre part. Proche de la retraite (environ 4 ans), avec plus de 33 ans d'ancienneté, travailleur handicapé et âgé de plus de 53 ans, je pense être prioritaire pour un reclassement dans l'entreprise.

Un poste de magasinier se libère à la fin du mois, suite à un départ en retraite. Ayant été agent d'entretien et d'outillage au poste de tuyauteur à la Safe de septembre 1982 à octobre 1992, puis opérateur de ligne jusqu'en janvier 2003 à Ascométal, je connais très bien l'ensemble du site et j'ai de bonnes connaissances informatiques. C'est pourquoi, je serais le candidat idéal à ce poste et mettrais tout en œuvre pour vous satisfaire.

Il est important de vous rappeler qu'il existe des aides au maintien dans l'emploi des personnes handicapées en fin de carrière.

Merci de bien vouloir examiner ma demande, dans l'attente... » ;

Enfin, par lettre du 31 mai 2016, la SAS Asco Industries notifiera à Monsieur B. son licenciement aux motifs : « Je fais suite à votre entretien préalable qui s'est

déroulé le lundi 23 mai 2016, lors duquel vous étiez assisté de Monsieur Maurice Del C., et vous notifie par la présente votre licenciement.

À cette occasion, je vous ai exposé les raisons qui nous ont amenés à envisager votre licenciement, que je vous rappelle ci-après et sur lesquelles j'ai pu entendre vos observations.

Vous avez été embauché au sein de la société Safe à compter du 6 septembre 1982 pour exercer les fonctions de tuyauteur. Votre contrat s'est poursuivi avec la société Ascometal à compter du 31 octobre 1992 en qualité d'équipier au service parachèvement.

Votre contrat de travail s'est poursuivi avec notre société à compter de la reprise d'Ascometal par Asco Industries à compter du mois de mai 2014.

Asco Industries a décidé, sur l'ensemble de ses établissements en France, de confier la prestation d'accueil et de gardiennage de ses sites à un prestataire. Les critères de l'article L.1224-1 du Code du travail étant satisfaits, votre contrat a été automatiquement transféré au sein de la société Seris à compter du 1<sup>er</sup> novembre 2015.

Vous avez été informé le 30 octobre 2016.

Vous avez ensuite indiqué que vous refusiez le transfert de votre contrat de travail. Le 25 février 2016, le Conseil de prud'hommes de Metz a ordonné votre réintégration au sein de l'établissement d'Asco Industries Hagondange, dans votre emploi, et donc au poste que vous occupiez avant votre transfert chez Seris.

Cette décision à caractère provisoire, sans autorité sur la chose jugée au principal, a d'ores et déjà fait l'objet d'un appel.

Cependant, nous sommes contraints, dans l'intervalle, de vous réintégrer parmi nos effectifs.

Or, cette réintégration s'avère impossible et cause un trouble objectif au sein de notre entreprise en raison des contraintes contractuelles, matérielles, opérationnelles, mais surtout légales, pesant sur la société.

En effet, Asco Industries est, au moins jusqu'à la décision rendue par la Cour d'appel de Metz, considérée comme votre employeur. Elle doit donc satisfaire à l'ensemble des obligations afférentes.

La principale obligation de tout employeur est de fournir au salarié le travail convenu entre les parties.

Or, bien que le Conseil de prud'hommes de Metz, dans sa formation de référé, ait décidé que votre contrat de travail n'a pas été transféré et que vous deviez réintégrer Asco Industries dans votre emploi, cette décision n'a pas d'impact sur l'existence d'une prestation de service d'accueil et de gardiennage convenue entre Asco Industries et Seris.

Notre prestataire, la société Seris, nous a d'ores et déjà avertis qu'il ne comptait pas revenir sur les termes de notre accord. Pendant l'intégralité de votre arrêt maladie, notre prestataire a d'ailleurs procédé à votre remplacement et cette situation perdure à ce jour. Concrètement, Asco Industries se retrouve dans une situation où elle est contrainte de vous réintégrer dans votre emploi, alors même que votre poste de travail n'existe plus matériellement. Au-delà même de votre poste, c'est l'activité d'accueil et de gardiennage dans son ensemble qui n'est plus assurée par notre société. Cette situation n'est pas tenable et cause un trouble important dans notre organisation, alors même que

l'impérative amélioration de l'organisation de l'activité d'accueil et de gardiennage (au vu des vols et tentatives de vol, y compris avec agression physique, constatés au cours de ces dernières années) ne peut se satisfaire d'un partage des responsabilités des missions qui occasionnerait des risques sur la sécurité de notre site, qui est un site de très grande superficie se caractérisant par une sûreté périmétrique difficile à assurer et doté de matériaux et matériels stratégiques à forte valeur et facilement négociables.

Notre obligation de sécurité sur le site est la première des obligations que nous devons d'observer, sauf à manquer gravement à nos obligations à l'égard des salariés sur le site et de l'environnement humain de notre site.

Pour ces raisons, je suis contraint de vous notifier par la présente lettre votre licenciement en raison du trouble objectif causé en termes de sécurisation de notre site industriel.

La date de première présentation de cette lettre marquera le point de départ de votre préavis d'une durée de 3 mois (article L.5213-9 du Code du travail relatif au préavis en cas de reconnaissance de travailleur handicapé).

Ce préavis, que je vous dispense d'effectuer, vous sera payé aux échéances habituelles de paie.

Votre solde de tout compte, votre certificat de travail et votre attestation destinée au Pôle Emploi seront à votre disposition le dernier jour de préavis.

Je vous rappelle qu'à compter de la rupture de votre contrat de travail, vous bénéficierez d'un maintien à titre gratuit du régime de couverture des frais de santé et de la prévoyance dans les conditions qui vous seront exposées dans votre certificat de travail. Je vous prie de croire, Monsieur, en l'assurance de ma respectueuse considération » ;

#### **Sur le trouble manifestement illicite**

**Aux termes de l'article R.1455-6 du Code du travail, « la formation de référé peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite »**

**Aux termes de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés Fondamentales, « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, ... » ;**

**Attendu que la société Asco Industries soutient que l'ordonnance de référé du 25 février 2016 a prononcé à tort la réintégration de Monsieur B., violant ainsi les articles 12 et 16 du Code de procédure civile, à savoir que le juge aurait délibérément violé une règle de droit et le principe du contradictoire ;**

**Que, sur ce point, d'une part, il convient de relever que la société Asco Industries tente une nouvelle fois de remettre en cause l'ordonnance de référé du 25 février 2016, laquelle, bien qu'elle n'ait pas l'autorité de la chose jugée, est revêtue de l'exécution provisoire de droit en application de l'article 489 du Code de procédure civile ;**

Il convient de rappeler que, par assignation du 17 mars 2016, la société Asco Industries avait sollicité, en application de l'article 524 du Code de procédure civile, l'arrêt de l'exécution provisoire attachée à l'ordonnance critiquée ;

En effet, il résulte de l'ordonnance du 21 avril 2016 de Madame la première Présidente de la Cour d'appel de Metz que la société Asco Industries faisait valoir que cette décision, dont elle a interjeté appel, comporte une violation manifeste du principe du contradictoire et de l'article 12 du Code de procédure civile et que son exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives ; que la décision n'a pas été rendue conformément aux règles de droit, qu'elle a été rendue en violation des dispositions de l'article 12 du Code de procédure civile : les conditions prévues à l'article R.1455-5 du Code du travail n'étaient nullement remplies ; que la charge de la preuve a été à tort mise à sa charge, en violation de l'article 1315 du Code civil ; qu'elle soutient ensuite que le principe du contradictoire a aussi été violé : le Conseil des prud'hommes a fait état de plusieurs jurisprudences qui n'avaient pas été débattues contradictoirement par les parties, dans leurs conclusions ou à l'audience ; il s'est, en outre, fondé d'office sur les dispositions du jugement du 22 mai 2014, sans avoir recueilli les observations des parties ; qu'elle estime que l'exécution provisoire de l'ordonnance en cause entraînerait pour elle des conséquences manifestement excessives ; que l'ordonnance porte atteinte au principe de la liberté contractuelle à valeur constitutionnelle ; qu'elle fait valoir qu'elle paie des factures à la société Seris pour des prestations de sécurité et gardiennage qui ont été externalisées, qu'elle serait dans l'incapacité de reclasser le salarié dans ses fonctions initiales et que ses résultats économiques sont particulièrement inquiétants ;

Pour autant, aux termes de l'ordonnance du 21 avril 2016, Madame la première Présidente a rejeté cette demande de sursis à exécution, au motifs que « lorsqu'elle est de plein droit, l'exécution provisoire ne peut être arrêtée par le premier président ou son délégataire qu'en cas de violation manifeste du principe du contradictoire ou de l'article 12 du Code de procédure civile et, si elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives, par application de l'article 524, dernier alinéa, du Code de procédure civile.

Les erreurs éventuelles commises sur l'application des dispositions de l'article L.1224-1 du Code du travail et sur la charge de la preuve portent sur l'application ou l'interprétation d'une règle de droit et ne constituent pas une violation manifeste de l'article 12 du Code de procédure civile.

L'interprétation de pièces régulièrement produites aux débats (organigramme, jugement du 22 mai 2014, décisions de jurisprudence sur l'application devant le juge des référés des dispositions de l'article L.1224-1 du Code du travail) sont nécessairement déjà dans le débat et sont en lien direct avec les demandes présentées par Monsieur B. et contestées par la SAS Asco Industries. Aucune violation du principe du contradictoire n'a été rapportée.

*De manière superflète, il y a lieu de constater que la preuve n'est pas rapportée que l'exécution provisoire s'attachant à l'ordonnance du 25 février 2016 ait, pour la SAS Asco Industries, des conséquences manifestement excessives, cette société, qui comporte 1827 salariés, ayant la possibilité de proposer au salarié de réintégrer un poste adapté ».*

D'autre part, malgré cette décision, la société Asco Industries fait valoir à nouveau ces mêmes arguments devant la formation de référé pour contester l'ordonnance du 25 février 2016, alors qu'un appel est pendant devant la Cour d'appel de Metz, devant être examiné par la Cour à l'audience du 11 octobre 2016, alors qu'elle ne fait valoir aucun élément nouveau, ni une rétractation de l'ordonnance critiquée ;

Qu'il convient d'écarter ces arguments, qui ont déjà été rejetés par ordonnance du 21 avril 2016 de la première Présidente ;

En ce qui concerne le pouvoir de la formation de référé de prononcer une réintégration et de prononcer la nullité d'un licenciement, la société Asco Industries soutient que le Conseil ne peut prononcer la réintégration de Monsieur B. pour faire échec au licenciement prononcé après sa réintégration ;

Or, si le juge du fond ou celui des référés n'ont pas le pouvoir de prononcer la réintégration d'un salarié licencié qui conteste les motifs de son licenciement, pour autant, comme le relève à juste titre la société Asco Industries, la jurisprudence encadre très strictement la possibilité, pour le juge des référés, de prononcer la réintégration du salarié à la suite de son licenciement dans le cas d'une disposition législative, ou la violation d'une liberté fondamentale peut permettre au juge des référés de prononcer la nullité du licenciement et la réintégration du salarié, ce qui résulte de l'arrêt du 13 mars 2001 : « la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur est soumise à la procédure de licenciement prévue par les articles L.122-14 et suivants du Code du travail et n'ouvre droit, pour le salarié, dès lors qu'aucun texte n'interdit ou ne restreint la faculté de l'employeur de le licencier, qu'à des réparations de nature indemnitaire ; qu'il en résulte que le juge ne peut, en l'absence de disposition le prévoyant et à défaut de violation d'une liberté fondamentale, annuler un licenciement » (Cass. Soc. 13 mars 2001, n°99-45.735) ;

Qu'en l'espèce, la société Asco Industries soutient que l'ordonnance litigieuse n'exige pas le maintien de Monsieur B. pendant une certaine durée, qu'elle a exécuté l'ordonnance, qu'il n'y a aucune concomitance temporelle entre le licenciement et les actions en justice intentées par Monsieur B., que le motif du licenciement de Monsieur B. est reconnu comme valable par la Cour de cassation ;

Que, contrairement à ce que prétend la société Asco Industries, la formation de référé, dans sa décision du 25 février 2016, en ordonnant la réintégration de Monsieur B. dans son emploi ne précise une quelconque durée dans le maintien de ce dernier qui interdirait tout licenciement ;

Qu'il existe bien une concomitance temporelle entre le licenciement de Monsieur B. et ses actions en justice

En effet, il convient de constater que, suite à la décision de réintégration du 25 février 2016, la société Asco Industries a notifié à Monsieur B. une première « *dispense temporaire d'activité* » par courrier du 29 février 2016 pour une durée de 15 jours, suivie d'une seconde dispense, notifiée par courrier du 14 mars 2016 pour une durée d'un mois, puis d'une troisième dispense, notifiée par courrier du 20 avril 2016 avec effet jusqu'au 30 avril 2016, puis d'une quatrième dispense, notifiée par courrier du 29 avril 2016 avec effet jusqu'au 15 mai 2016 ; puis une cinquième dispense, notifiée par courrier du 13 mai 2016 avec effet jusqu'au 28 mai 2016

Qu'en outre, entre le courrier de dispense d'activité du 29 avril 2016 et celui du 13 mai 2016, la société Asco Industries, envisageant une mesure de licenciement, adressait à Monsieur B., le 9 mai 2016, une convocation pour un entretien préalable fixé au 19 mai 2016, entretien reporté au 23 mai 2016 par courrier du 13 mai 2016, suivi d'une lettre de licenciement du 31 mai 2016, avec dispense d'exécution du préavis de 3 mois ;

Qu'à chaque lettre de « *dispense temporaire d'activité* », la société Asco Industries a prétexté une raison particulière, dans un premier temps l'analyse de la décision du 25 février 2016, ainsi que des contraintes pesant sur l'organisation et des voies de recours ; dans un second temps, des contraintes résultant des effets de l'ordonnance rendue le 25 février 2016 par le Conseil de prud'hommes de Metz, qui ne permettraient pas, à l'heure actuelle, d'envisager sa réintégration à son ancien poste de travail ; dans un troisième temps, une nouvelle prolongation en raison de l'attente de l'analyse de la décision rendue par le Conseil de prud'hommes de Metz le 25 février 2016 ; puis, dans un quatrième temps, une prolongation en raison de l'attente de l'analyse de la décision rendue par le Conseil de prud'hommes de Metz le 25 février 2016 ; puis, dans un cinquième temps, une dernière dispense, le 13 mai 2016, en raison de l'attente de l'analyse de la décision rendue par le Conseil de prud'hommes de Metz le 25 février 2016, alors que, le 9 mai 2016, elle venait de convoquer Monsieur B. à un entretien préalable, entretien qui a été suivi du licenciement de Monsieur B. par lettre du 31 mai 2016 ;

Qu'en l'espèce, il résulte clairement de ces nombreux échanges et multiples motifs de « *dispense temporaire d'activité* » que la société Asco Industries n'a jamais eu l'intention de réintégrer Monsieur B. ni à son ancien poste de travail, ni dans son emploi, ni dans ses effectifs, alors que, dans son ordonnance du 21 avril 2016, la première Présidente de la Cour d'appel a constaté que la société Asco Industries ne démontrait pas que l'exécution provisoire s'attachant à l'ordonnance du 25 février 2016 ait eu des conséquences manifestement excessives ; poursuivant, elle rappelle que cette société, qui comporte 1827 salariés, a la possibilité de proposer au salarié de réintégrer un poste adapté ;

Que tel n'a pas été le cas, puisque la société Asco Industries n'a fait aucune proposition à Monsieur B., alors que ce dernier, et à deux reprises (courriers des 9 mars et 17 mai 2016), a sollicité un entretien en vue de discuter de sa situation, courriers d'ailleurs restés

sans réponse de la part de la société Asco Industries, ce qui renforce le constat selon lequel la société Asco Industries n'avait nullement l'intention de le réintégrer dans l'entreprise ;

Qui plus est, l'argument de la société Asco Industries selon lequel la jurisprudence fait la distinction entre la réintégration juridique (rémunération, avantages, statuts collectif) et la réintégration physique du salarié dans ses missions est inopérant en l'espèce, dans la mesure où il s'agit d'une décision d'une juridiction administrative (CAA Marseille, 4 février 2014) ;

Qu'en l'espèce, en application de l'ordonnance du 25 février 2016, la société Asco Industries se devait de réintégrer de manière effective Monsieur B. au sein de l'entreprise, ce dont il résulte également de l'ordonnance de la Cour d'appel du 21 avril 2016 ;

Que tel n'a pas été le cas en l'espèce, quand bien même la société Asco Industries a dispensé d'activité Monsieur B. et maintenu sa rémunération et ses avantages sociaux, cette dispense ne peut être sérieusement considérée comme une réintégration effective dans l'entreprise, dans la mesure où Monsieur B. a été tenu à l'écart ; en effet, il est constaté que ce dernier s'est présenté le 18 avril 2016 à 7 heures sur le site d'Asco Industries, que l'accès à l'usine lui a été refusé, qu'une main courante au poste de garde a été déposé et que personne n'a voulu le recevoir ; que, d'ailleurs, Monsieur B. s'était présenté le lundi 18 avril, comme il l'avait annoncé préalablement dans un courriel du 15 avril 2016, dans lequel il informe la société que « *n'ayant pas reçu de lettre en AR, je voudrais savoir si nous devons reprendre le travail lundi matin (premier AR du 4 mars pour 15 jours et deuxième AR du 19 mars pour 30 jours). Pourriez-vous nous tenir au courant de la suite des événements ? Sans réponse de votre part, je me tiendrai à disposition lundi matin 7h 00 au poste de garde* » ; que ce n'est qu'à la suite de la tentative de reprise de Monsieur B. que la société Asco Industries lui a adressé une nouvelle dispense par lettre du 20 avril 2016, celle du 14 mars (et non du 19) étant arrivée à échéance le 15 mars 2016. Que, de surcroît, à supposer établie l'impossibilité matérielle de réintégrer physiquement Monsieur B. à son ancien poste de travail en raison du transfert des activités de gardiennage et d'accueil à la société Seris à compter du 1<sup>er</sup> novembre 2015, cette activité ayant de fait cessé au sein de la société Asco Industries, et, d'autre part, à supposer qu'il résulterait de cette situation un trouble objectif en termes de sécurisation du site, ce qui n'est pas établi, la charge de la preuve sur ce point incombant à la société Asco Industries, qui invoque sans le démontrer qu'un partage de responsabilité et du pouvoir de direction en matière de sécurisation d'un site à haut risque ne serait pas envisageable, pour autant rien n'interdisait, en application des ordonnances du Conseil du 25 février 2016 et de la Cour d'appel du 21 avril 2016, à la société Asco Industries de réintégrer effectivement et physiquement Monsieur B. au sein de ses effectifs ;

Que c'est donc à tort que la société Asco Industries prétend avoir été contrainte de licencier Monsieur B. ;

Qu'enfin, contrairement à ce qu'affirme la société Asco Industries, l'ordonnance critiquée a bien impacté

le transfert des activités de gardiennage et d'accueil et annulé le transfert des contrats de travail, dans le meure où le Conseil a constaté que les conditions d'application de l'article L.1224-1 du Code du travail n'étaient pas réunies (page 21 de l'ordonnance du 25 février 2016) ; en effet, il est relevé que le Conseil a constaté que « *la cession de l'activité gardiennage, qui n'est pas une entité économique autonome, ne pouvait être transférée avec une période de 24 mois* » (page 19 de l'ordonnance du 25 février 2016) ;

Que l'argument selon lequel l'activité de gardiennage et d'accueil est, depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2015, exécutée exclusivement par la société Seris, ne peut constituer une impossibilité de réintégration de Monsieur B. dans les effectifs de la société, quand bien même cette activité aurait cessé au sein de la société Asco Industries ;

Qu'il en résulte que la réintégration physique de Monsieur B. n'était pas matériellement impossible ;

Qu'en affirmant que cette situation était constitutive d'un trouble objectif en termes de sécurisation du site, est une reconnaissance implicite que l'action en justice de Monsieur B. est bien la raison à l'origine de son licenciement ;

Que la société Asco Industries ne fait qu'affirmer, sans le démontrer, que le partage de responsabilité et du pouvoir de direction en matière de sécurisation d'un site à haut risque n'étant pas envisageable ;

Qu'il n'est pas démontré, au regard des ordonnances des 25 février et 21 avril 2016, que la société Asco Industries a été contrainte de licencier Monsieur B. ;

Qu'en outre, la décision de la société Asco Industries de prononcer le licenciement de Monsieur B. est bien en réaction de son action en justice ; en effet, il résulte clairement que le licenciement est la conséquence de l'ordonnance rendue le 25 février 2016, puisque la société invoque, que : « *Le Conseil de prud'hommes de Metz a ordonné votre réintégration au sein de l'établissement d'Asco Industries Hagondange, dans votre emploi, et donc au poste que vous occupiez avant votre transfert chez Seris.*

*Cependant, nous sommes contraints, dans l'intervalle, de vous réintégrer parmi nos effectifs.*

*Or, cette réintégration s'avère impossible et cause un trouble objectif au sein de notre entreprise en raison des contraintes contractuelles, matérielles, opérationnelles, mais surtout légales pesant sur la société. Or, bien que le Conseil de prud'hommes de Metz, dans sa formation de référé, ait décidé que votre contrat de travail n'a pas été transféré et que vous deviez réintégrer Asco Industries dans votre emploi, cette décision n'a pas d'impact sur l'existence d'une prestation de service d'accueil et de gardiennage convenue entre Asco Industries et Seris.*

*de vous réintégrer dans votre emploi alors même que votre poste de travail n'existe plus matériellement. Au-delà même de votre poste, c'est l'activité d'accueil et de gardiennage dans son ensemble qui n'est plus assurée par notre société ».*

Rappelle que la présente ordonnance est exécutoire à titre provisoire en application de l'article 489 du Code de procédure civile ;

Par ces motifs

Vu l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

Vu l'article R.1455-6 du Code du travail ;

Vu l'ordonnance de référé du 25 février 2016 ;

Constate l'existence d'un trouble manifestement illicite ;

En conséquence,

Prononce la nullité du licenciement de Monsieur B. ;

Dit et juge que le licenciement de Monsieur B. est nul et de nul effet ;

Ordonne à la SAS Asco Industries, prise en la personne de son représentant légal, la poursuite du contrat de travail de Monsieur B. dans son emploi ;

Condamne la SAS Asco Industries, prise en la personne de son représentant légal, à payer à Monsieur B. la somme de 1.500 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;

Condamne la SAS Asco Industries, prise en la personne de son représentant légal, en exécution de la présente ordonnance, à une astreinte provisoire de 300 euros par jour de retard à compter du 3<sup>ème</sup> jour suivant sa notification ;

(M. Tosi, prés. – M<sup>es</sup> Paté, Chastagnol, av.)

#### Note.

Une ordonnance de référé, récemment commentée dans cette revue, a illustré le pouvoir de la formation de référé en matière de transfert d'entreprise ; le juge ayant constaté que les conditions d'application de l'article L.1224-1 du Code du travail étaient réunies, il a jugé que leur non-application à la salariée demanderesse constituait un trouble manifestement illicite ; en conséquence, il a été ordonné à la société entrante de poursuivre le contrat de travail avec la demanderesse (1).

La décision ici rapportée traite de l'exécution provisoire d'une ordonnance de référé ayant interdit le transfert d'un contrat de travail décidé par l'employeur. Par une ordonnance du 25 février 2016, la formation de référé du Conseil de prud'hommes de Metz a constaté que les conditions de l'article L.1224-1 du Code du travail et de la directive du 12 mars 2001 n'étaient pas réunies et qu'en conséquence, le transfert du salarié demandeur constituait un trouble manifestement illicite ; la formation de référé a ordonné à la société de réintégrer sans délai le salarié dans son emploi, réintégration assortie d'une astreinte provisoire de 150 euros par jour de retard à compter du 8<sup>ème</sup> jour suivant la notification.

(1) CPH Saint-Nazaire, réf. dép., 2 mai 2016, B. c/ SAS Daher Technologies et a., Dr. Ouv. 2016, p. 653, n. A. Mazières.

Dès le 29 février 2016, l'employeur informait le salarié qu'il le dispensait temporairement d'activité. Dans la même période, l'employeur relevait appel de l'ordonnance de référé et saisissait la première Présidente de la Cour d'appel de Metz sur le fondement de l'article 524 du Code de procédure civile, aux fins de voir suspendre l'exécution provisoire de droit ; cette requête était rejetée par une ordonnance du 21 avril 2016 (2).

Le 9 mars 2016, le salarié interrogeait son employeur sur les modalités de sa réintégration, mais ce dernier lui faisait parvenir une succession de courriers (14 mars, 20 avril, 29 avril, 13 mai) ayant pour objet des prolongations de dispense d'activité avec maintien de la rémunération jusqu'au 28 mai 2016.

Par un courrier du 9 mai 2016, le salarié est convoqué à un entretien préalable au licenciement au motif que sa réaffectation sur le site est impossible, l'employeur invoquant même un trouble objectif causé par la réintégration. L'entretien préalable ayant été reporté par l'employeur, le salarié est finalement licencié le 31 mai 2016.

Le salarié saisit la formation de référé du Conseil de prud'hommes de Metz pour faire cesser le trouble manifestement illicite que constitue ce licenciement. C'est l'ordonnance rapportée. La formation de référé observe que la réintégration physique du salarié, ordonnée le 21 février 2016, n'était pas matériellement impossible ; puis, analysant les tergiversations de l'employeur ainsi que la teneur des différents courriers adressés au salarié, la formation de référé en conclut que l'action en justice initiale ayant prononcé la réintégration est bien la raison du licenciement. En conséquence, le juge prononce la nullité du licenciement et ordonne la poursuite du contrat de travail, sous astreinte provisoire de 300 euros par jour de retard à compter du 3<sup>ème</sup> jour suivant la notification de l'ordonnance.

En statuant et en prononçant la nullité de la rupture, la formation de référé a fait ici application de la jurisprudence que la Cour de cassation a adoptée depuis 2013. Dans un arrêt du 6 février 2013 elle a, d'une part, admis que, même en l'absence de disposition l'y autorisant, le juge des référés peut ordonner

la poursuite des relations contractuelles en cas de violation d'une liberté fondamentale par l'employeur et, d'autre part, décidé que, lorsque la rupture illicite fait suite à l'action en justice engagée par le salarié contre son employeur, il appartient à ce dernier d'établir que sa décision est justifiée par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice, par le salarié, de son droit d'agir en justice (3) ; cependant, le juge doit rechercher si l'employeur a utilisé son pouvoir de licencier en rétorsion à l'action en justice (4). Dans l'arrêt du 16 mars 2016 précité, la Cour de cassation a à nouveau affirmé le principe selon lequel « est nul comme portant atteinte à une liberté fondamentale le licenciement intervenu en raison d'une action en justice introduite par le salarié ».

Dès lors que, pour la Cour de cassation, « l'employeur a l'obligation de fournir le travail convenu » (5), le maintien d'une rémunération ne suffit pas à remplir le salarié de ses droits ; aussi, dans l'affaire commentée, il est incontestable que le salarié n'a pas été réintégré comme l'ordonnait la décision du 25 février 2016. En licenciant le salarié qui n'avait pas encore été réintégré, l'employeur entendait bien faire échec à la réintégration et la nullité de la rupture s'imposait donc.

Face aux nombreuses ruptures du contrat de travail, décidées soit pour sanctionner le salarié qui a l'impudence d'agir en justice contre son employeur, soit pour couper court aux décisions judiciaires prononçant la poursuite du contrat de travail ou la réintégration du salarié, il faut que toutes les formations de référé se saisissent de leurs pouvoirs, de tous leurs pouvoirs, et les mettent en application. La formation des conseillers prud'hommes doit être mise à profit pour combler leurs éventuelles lacunes sur l'étendue de leurs pouvoirs. Toutefois, l'efficacité de l'action des juges de référé qui en découlera est également conditionnée aux comportements des premiers présidents de Cours d'appel, qui ne doivent pas venir anéantir l'exécution provisoire des ordonnances de référé en arrétant, sans fondement, cette exécution provisoire sous le seul couvert du visa de l'article 524 du Code de procédure civile (6) !

**Daniel Boulmier**, Maître de conférences  
à l'Université de Lorraine, Institut du travail

(2) La première présidente de la Cour d'appel de Metz n'est pas tombée dans le travers de certains de ses confrères qui rejettent l'affaire ; elle s'en est tenue à l'appréciation des seules dispositions du dernier alinéa de l'article 524 CPC. Sur une étrange ordonnance arrétant l'exécution provisoire de droit d'une ordonnance de référé au mépris de l'article 524 CPC, v. CA Riom (ord. Prés.), 23 juin 2016, Dr. Ouv. 2016, p. 565, notre note.

(3) Cass. Soc. 6 févr. 2013, n° 11-11.740, Bull. civ. V, n° 27, Dr. Ouv. 2013, p. 549, n. A. Mazières.

(4) Cass. Soc. 16 mars 2016, n° 14-23.589 P, Dr. Ouv. 2016, p. 640, n. A. Mazières. V., pour d'autres décisions de protection de l'action

en justice ou de protection sur l'objet même de l'action, Cass. Soc. 9 oct. 2013, n° 12-17.882, Bull. civ., n° 226 ; Cass. Soc. 18 déc. 2013, n° 12-27.383, Bull. civ., n° 311 ; Cass. Soc. 3 févr. 2016, n° 14-18.600 P ; Cass. soc., 21 sept. 2016 n° 15-10.263 (à propos des deux premières, v. A. Chirez et F. Chirez, « Égalité des armes et pouvoir de licencier », Dr. Ouv. 2014, p. 158).

(5) Cass. Soc. 3 novembre 2010, n° 09-65.254, Bull. civ. V, n° 252.

(6) V. CA Riom (ord. Prés.), préc.