



# INFOS JURIDIQUES

Flash sur le Droit social

## NEWSLETTER

N° 04/2017

28 avril 2017

**1. Licenciement avec effet immédiat :** à notifier dans le mois après la connaissance des faits par l'employeur - le délai d'un mois est suspendu par la maladie - la preuve de la date de connaissance incombe à l'employeur - preuve possible par témoins. p.1

**2. Clause d'exclusivité :** clause par laquelle un employeur impose au salarié un engagement exclusif à son service. Clause illicite si... p.3

**3. Délégué du personnel :** protection contre une modification d'une clause essentielle de son contrat de travail - action en cessation de la modification en référé. p.5

**4. Droit disciplinaire :** les sanctions applicables contre un salarié doivent respecter le principe de légalité des peines. p.9

**5. DROIT EUROPÉEN :** suite à un transfert d'entreprise, le cessionnaire doit inclure, lors du licenciement ultérieur d'un travailleur transféré - même plus d'un an après le transfert - dans le calcul de l'ancienneté de ce travailleur, pertinente pour la détermination du préavis auquel ce dernier a droit, l'ancienneté acquise par ledit travailleur auprès du cédant. p.11

## 1. Licenciement avec effet immédiat : à notifier dans le mois après la connaissance des faits par l'employeur - le délai d'un mois est suspendu par la maladie - la preuve de la date de connaissance incombe à l'employeur - preuve possible par témoins.

Arrêt de la Cour d'appel du 30 mars 2017, n°41224 du rôle

### Faits

Le salarié A a été au service de la société anonyme B, comme responsable fitness, du 1er février 2002 au 4 juin 2013, date à laquelle il a été licencié avec effet immédiat pour des faits de harcèlement sexuel et d'attouchements à l'égard de salariées qui étaient sous ses ordres.

Par requête du 26 juillet 2013, le salarié A a fait convoquer son ancien employeur devant le Tribunal du travail de Luxembourg aux fins de le voir condamner à lui payer une indemnité compensatoire de préavis, une indemnité de départ, une indemnité pour congé non pris et des dommages et intérêts pour les préjudices matériel et moral qu'il estime avoir subis suite à son licenciement qu'il qualifie d'abusif.

Par jugement du 10 mars 2014, le Tribunal du travail de Luxembourg a déclaré le licenciement intervenu régulier et a débouté le salarié A de l'ensemble de ses demandes, à l'exception de la demande relative à l'indemnité pour

congé non pris, pour laquelle les débats ont été refixés.

### Instance d'appel

Le salarié A a interjeté appel contre ce jugement.

L'employeur B conclut à la confirmation du jugement entrepris. Il estime que les attestations testimoniales versées en cause démontreraient à suffisance de droit le caractère justifié du licenciement intervenu. En ordre subsidiaire, l'employeur offre de prouver, par audition de témoins, les faits qu'il relate dans la lettre de licenciement avec effet immédiat du 4 juin 2013.

### Analyse de la Cour d'appel

Le salarié A conteste que l'employeur ait respecté le délai d'un mois dans lequel un licenciement avec effet immédiat doit être prononcé quand il se fonde sur une faute grave du salarié.



Le salarié souligne que les faits qui lui sont reprochés datent de novembre, voire décembre 2012, tandis que les dates auxquelles l'employeur déclare en avoir pris connaissance (les 15 et 18 février 2013) ne seraient pas certaines, de sorte qu'il ne serait pas établi que le licenciement litigieux serait intervenu dans le délai d'un mois prescrit par le Code du travail.

Dans la mesure où il est constant en cause que le salarié A a été en congé de maladie à partir du 18 février 2013 jusqu'au 3 juin 2013, c'est à bon droit que les juges de première instance ont retenu que le droit de licencier de l'employeur était suspendu pendant la période d'incapacité du salarié.

**L'interdiction pour l'employeur de notifier au salarié la résiliation de son contrat de travail, même pour motif grave, pendant une période de protection du fait de sa maladie, ne saurait avoir pour conséquence de priver l'employeur définitivement de son**

**droit de licenciement pour motif grave à défaut d'avoir pu, en raison de cette interdiction légale, procéder à la résiliation du contrat de travail dans le délai d'un mois à partir des faits qui en a eu connaissance, de sorte qu'ils ont, à juste titre, retenu que le délai d'un mois était suspendu jusqu'au 4 juin 2013, date de la reprise du travail.**

**Article L. 124-10(6) du Code du travail :**

Le ou les faits susceptibles de justifier une résiliation pour motif grave ne peuvent être invoqués au-delà d'un délai d'un mois à compter du jour où la partie qui l'invoque en a eu connaissance, à moins que ce fait n'ait donné lieu dans le mois à l'exercice de poursuites pénales.

Le délai prévu à l'alinéa qui précède n'est pas applicable lorsqu'une partie invoque un fait ou une faute antérieure à l'appui d'un nouveau fait ou d'une nouvelle faute.

L'employeur B indique, dans sa lettre de licenciement, les dates des 15 et 18 février 2013 comme dates auxquelles il a eu connaissance des faits reprochés à A dans le cadre de son licenciement. Ces dates étant contestées par le salarié, il incombe à l'employeur de prouver quand il en a obtenu connaissance.

Dans le cadre de l'offre de preuve qu'il formule afin d'établir la matérialité des faits allégués à la base du licenciement, l'employeur B consacre les deux premiers alinéas aux circonstances qui ont entouré la dénonciation en février 2013, par plusieurs salariés, des agissements reprochés à A.

Cette offre de preuve étant précise et pertinente, il y a lieu d'y faire droit avant tout autre progrès en cause.

## 2. Clause d'exclusivité : clause par laquelle un employeur impose au salarié un engagement exclusif à son service.

**Clause illicite, si elle porte atteinte au principe de la liberté du travail, par exemple si elle est insérée dans un contrat de travail à temps partiel. Clause ne pouvant interdire l'exercice d'une activité bénévole. Mais clause à exécuter de bonne foi par le salarié qui l'a acceptée : clause qui lui interdit d'exercer une activité parallèle indépendante à l'insu de son employeur, mais l'oblige à solliciter son autorisation pour exercer une deuxième activité.**

Arrêt de la Cour d'appel du 30 mars 2017, n°43156 du rôle

### Faits

A a été engagé par la société S suivant contrat de travail du 16 septembre 1996 en qualité de dessinateur technique. Il a été licencié avec effet immédiat en date du 27 janvier 2015.

Son employeur lui a notamment reproché l'exercice d'activités parallèles non autorisées, la violation des obligations contractuelles, plus précisément de la cause d'exclusivité et ses incidences négatives sur l'exécution du travail au sein de S, ainsi que l'accomplissement de divers travaux à des fins personnelles pendant les périodes de maladie déclarées auprès de S.

A a contesté tant la précision que la réalité et la gravité des faits lui reprochés pour conclure au caractère abusif du licenciement.

Par un jugement du 30 octobre 2015, le Tribunal du travail a déclaré justifié le licenciement avec effet immédiat de A.

A a relevé appel.

### Problème juridique

La question principale dans ce litige était de savoir si les activités litigieuses qui sont reprochées au salarié par son employeur, à savoir la production de films, vidéos et la création de S2 sur le site WWWS2, constituent des activités accessoires prohibées par l'article XI du contrat de travail signé par les parties, sauf autorisation expresse de l'employeur.

D'après l'article XI du contrat de travail :

*« Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, seine gesamte berufliche Tätigkeit und Arbeitskraft in den Dienst von S zu stellen, und dies sowohl bei der Tätigkeit, für die er eingestellt wurde, als auch bei jeder anderen Tätigkeit, die ihm von seinem Vorgesetzten übertragen wird. Er darf eine Nebenbeschäftigung nur mit dem ausdrücklichen Einverständnis von S übernehmen. »*

### Qu'est-ce qu'une clause d'exclusivité ?

La clause d'exclusivité est en principe celle par laquelle un employeur se réserve les compétences du salarié en lui imposant un engagement exclusif à son service au moyen justement de la susdite clause. Par cette clause, le salarié s'engage donc à consacrer l'intégralité de son travail, de son activité professionnelle, au service de son employeur et s'interdit partant corrélativement d'accomplir, pendant la durée de ce contrat, une autre activité professionnelle pour le compte d'un autre employeur.

### Conditions de validité d'une telle clause

**Une telle clause est illicite, si elle porte atteinte au principe de la liberté du travail, par exemple si elle est insérée dans un contrat de travail à temps partiel et empêche dès lors un salarié de compléter son temps de travail et donc sa rémunération en acceptant un autre emploi rémunéré auprès d'un autre employeur.**

Cette clause d'exclusivité ne peut non plus avoir pour effet d'interdire au salarié d'exercer, concurremment à l'activité professionnelle qu'il consacre au service de son employeur, une activité bénévole pour le compte ou dans l'intérêt d'autrui, dans la mesure où cette aide bénévole n'est pas assimilable à une activité professionnelle parallèle, susceptible d'avoir une influence préjudiciable pour son employeur.

En revanche, cette clause doit non seulement être exécutée de bonne foi par le salarié qui l'a acceptée en vertu de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, de sorte qu'il lui est interdit d'exercer une activité parallèle indépendante à l'insu de son employeur, mais l'oblige encore sur base de son obligation de loyauté, à solliciter l'autorisation de son employeur pour exercer une deuxième activité pour son propre compte.

### Appréciation dans cette affaire

En l'espèce, si le Tribunal du travail a correctement retenu qu'il résultait des pièces versées par l'employeur à l'appui de sa motivation, notamment de la combinaison de l'article de presse paru dans le « Journal » le 5 juin 2014, de la vidéo publiée sur facebook le 19 novembre 2014, ainsi que des courriels adressés par A à « X » à propos des problèmes rencontrés avec le système Sony Vegas, que les ambitions du salarié étaient clairement de devenir producteur de films et de vidéos portant sur des "events" tels que le festival « Y », l'employeur reste néanmoins en défaut de prouver que le salarié exerçait réellement une activité professionnelle parallèlement à

celle pour laquelle il était engagé par la société S, et ce pour un autre employeur et contre rémunération.

Les éléments du dossier ne permettent donc pas de conclure que A ait exercé une activité professionnelle au sens de l'article XI de son contrat de travail, et d'une façon générale, au sens des clauses usuelles d'exclusivité, nécessitant une autorisation de son employeur.

En revanche, il est clairement établi par les pièces versées, que A avait un hobby qu'il exerçait de façon « quasi professionnelle » et dont il voulait faire son métier ultérieurement, ce qu'il a d'ailleurs fait suite à son licenciement.

**Si l'employeur ne peut ni empêcher ni sanctionner un salarié qui s'adonne même d'une façon relativement démesurée ou envahissante à sa passion, à son hobby, il en va autrement lorsque l'exercice de ce hobby empiète de façon préjudicielle sur son travail effectif.**

L'employeur reproche justement à A dans la lettre de licenciement du 27 janvier 2015 d'avoir :

« (...)

*In einem Forum zum Thema Sony Bildbearbeitungssoftware [http://www.zzzzzzzzzzzzzzzzzzzzz] haben Sie jedoch am 18. November 2014 verteilt über den Tag hinweg unter dem Nutzernamen „Aiver“ sieben Einträge zu einem Problem mit der Bearbeitung eines Filmes über die Z Wahl, welcher mittlerweile auf der Internetseite mrfilms.lu zu sehen ist, geschildert. Die Z Wahl fand am 15. November 2014 statt.*

*Es gibt Einträge in dem Forum um 9.30h, um 10.13 h, um 10.57h, um 11.15h, um 12.49h, um 13.00h, um 14.27h, um 15.15h und um 15.27h. Wie oben erwähnt, beriefen Sie sich in diesem Zusammenhang auf den Ihnen, seitens S zur Verfügung gestellten Laptop DELL 8GB RAM/Core i7.*

*Im Eintrag um 9.30h schreiben Sie: „Now I have a new project, video from Z 2015 ...“ und „Sorry, yes I'm really pist off... Need to deliver the project in 2 days... this is so frustrated“. Um 11.15h wiederholen Sie in einem Eintrag, dass “in 2 days I need to deliver the official video clip“. Im Eintrag um 10.57h schreiben Sie, dass „Just for your Info, I did spend 2 days just to watch the hole footage from the event and I did cut everything usable for my video...“. Im Eintrag um 13.00h heisst es: “I'm still waiting that sony vegas gets back into the project... since three hours.”*

[...]».

Ces faits résultent à suffisance des pièces soumises à la Cour.

Or, A s'était mis en maladie les 17 et 18 novembre 2014 en raison d'un mal au dos.

S'il est vrai, qu'un salarié malade n'est pas obligé, comme le soutient A, de passer son congé de maladie alité, il n'en reste pas moins, qu'un salarié qui profite de ces deux journées d'absence pour s'adonner de façon permanente à son hobby en finissant un projet de film, commet un acte de déloyauté à l'égard de son employeur, acte qui justifie à lui seul un licenciement avec effet immé-

diat, ce d'autant plus si cet acte n'est pas resté isolé, mais s'est répété en date des 7 et 8 juillet 2014 où A s'est à nouveau mis en maladie en raison d'un mal de dos avec la constatation que le 9 juillet 2014, le film sur le « Y » festival a été publié et la nouvelle postée sur facebook.

Dans la mesure où le salarié était suffisamment valide pour s'adonner à des travaux de réalisation de films dans le cadre de son hobby, cette attitude jette un doute justifié sur la réalité de sa maladie et est dès lors de nature à rompre la confiance qui devait exister entre lui et son employeur.

Si l'ancienneté de service relativement longue d'un salarié, comme en l'espèce, peut faire présumer de bons et loyaux services dans le chef de ce dernier et partant atténuer dans une certaine mesure la gravité de la faute commise par lui, cela n'est pas nécessairement et forcément le cas. Elle peut au contraire inciter le salarié à prendre des libertés qu'il n'a pas, ce qui a été le cas en l'espèce.

La Cour d'appel en conclut donc que les reproches avancés par la société S à l'égard de A, à savoir de s'être adonné à une activité parallèle, fût-elle professionnelle ou non, durant son incapacité de travail pour maladie, sont à suffisance établis, de sorte que le jugement est à confirmer en ce qu'il a déclaré le licenciement avec effet immédiat régulier et légitime.

### 3. Délégué du personnel : protection contre une modification d'une clause essentielle de son contrat de travail - action en cessation de la modification en référé.

**Une clause de mobilité autorise en principe l'employeur, en raison de son pouvoir de direction, à changer le salarié de service, mais encore faut-il que la mise en œuvre de cette clause dite de variation ou de mobilité ne soit pas abusive.**

**Fonction de « Compliance officer » : aucune autre fonction au sein de la Banque et certainement pas celle de gestionnaire commercial de projets dans un département de « Business development », à l'exclusion de celles des dirigeants de la société employeuse, et celle d'audit interne, ne présente des pouvoirs et responsabilités similaires.**

#### Ordonnance du Président de la Cour d'appel du 23 mars 2017, n°44432 du rôle

##### Faits

A a, lors de son engagement au sein de la banque S, en date du 1<sup>er</sup> août 2008, été affecté au département « *Operations services, income section* », pour être muté en date du 1<sup>er</sup> novembre 2011 au « *Operations planning department* ». Il a ensuite été promu avec effet au 14 janvier 2014 à la fonction de « *Compliance Officer* » et a finalement été transféré avec effet au 26 septembre 2016 au « *Business development department* ».

A a déposé le 20 octobre 2016 une requête en cessation de la modification d'une clause essentielle de son contrat de travail intervenue à son égard contre son employeur en arguant du fait qu'il est délégué du personnel et que, dès lors, toute modification en sa défaveur des conditions essentielles de son contrat de travail est prohibée, conformément aux dispositions de l'article L.415-10 du Code du travail.

##### Article L.415-10 du Code du travail :

Pendant la durée de leur mandat, les membres titulaires et suppléants des délégations du personnel et le délégué à la sécurité et à la santé ne peuvent faire l'objet d'une modification d'une clause essentielle de leur contrat de travail rendant applicable l'article L.121-7.

Le cas échéant, ces délégués peuvent demander, par simple requête, au pré-

sident de la juridiction du travail qui statue d'urgence et comme en matière sommaire, les parties entendues ou dûment convoquées, d'une demande en cessation d'une modification unilatérale d'une telle clause.

Il a fait valoir que sa mutation du département « *Compliance* » à celui de « *Business development* » constitue une dégradation, sinon un déclassement de carrière et que cette mutation est encore intervenue peu de temps après l'envoi d'une lettre d'avertissement, de sorte qu'il estime que cette mesure constitue une double sanction du même fait, qui est partant interdite.

En réponse, son employeur a résisté à la demande en se prévalant de la clause de mobilité insérée dans le contrat de travail de A, clause permettant à l'employeur de transférer ses salariés d'un service à l'autre en fonction des besoins du service.

##### Décision de 1<sup>ère</sup> instance

La Présidente du Tribunal du travail a rejeté la demande de A au motif que « *pour être substantielle, la modification doit porter sur un élément du contrat qui avait été considéré par les parties comme essentiel lors de la conclusion, c'est-à-dire sur un élément qui avait pu les déterminer à contracter.*

*Il y a notamment modification substantielle des conditions de travail lorsque la modification porte sur les attributions du salarié qui sont changées profondément.*

*Une modification du contrat de travail n'est pas substantielle, lorsqu'elle porte sur un élément non déterminant de la volonté des parties, soit dans une certaine limite, lorsque les parties avaient prévu d'emblée la possibilité d'une modification ultérieure.*

*Ainsi, il n'y a pas de révision proprement dite des conditions de travail du salarié et partant du contrat de travail en cas de simple mesure relevant du pouvoir de direction de l'employeur ou, lorsque le contrat de travail, le règlement intérieur, la convention collective, le statut ou l'usage prévoient eux-mêmes la possibilité d'apporter des modifications aux conditions initiales de travail telles qu'un changement d'attributions, un changement du lieu de travail ou un changement de l'horaire de travail.*

*Dans ce dernier cas, le salarié doit s'y soumettre en application de l'article 1134 du Code civil même si, objectivement, la modification affecte un élément essentiel du contrat.*

*Il est constant en cause que les parties ont en l'espèce prévu une telle clause dans le contrat de travail permettant à l'employeur de procéder à des changements d'affectation de son salarié.*

Il résulte encore du cursus du requérant au sein de l'entreprise tel que décrit ci-dessus que cette clause a reçu application à deux reprises avant la mutation litigieuse.

Si cette mutation intervient peu de temps après l'envoi d'une lettre d'avertissement, il ne résulte cependant d'aucun élément du dossier que cette décision est à considérer comme une sanction disciplinaire.

S'il est muté pour réintégrer un département dans lequel il travaillait précédemment, il faut cependant constater qu'il garde son titre et grade d'associé obtenus depuis sa promotion et réaffectation au département Compliance, son salaire restant également inchangé.

Au niveau des nouvelles tâches, il faut considérer qu'il n'est pas établi que celles-ci ont diminué par rapport à ses compétences et son grade d'associé, de sorte que le requérant reste en défaut de prouver qu'il a subi une rétrogradation.

Dans ces conditions, il faut retenir qu'au vu de la clause insérée dans le contrat, donnant à l'employeur la possibilité d'une affectation ultérieure du requérant, affectation qui peut comporter un changement d'attributions, il n'y a pas eu de modification substantielle du contrat de travail de A. »

Le salarié a interjeté appel contre cette décision, en faisant valoir qu'il serait établi par les pièces versées, notamment les « *job descriptions* » et la déclaration du témoin B, qu'il y a eu changement substantiel des conditions de travail, de sorte qu'il y aurait lieu de l'annuler et de le réintégrer dans ses fonctions antérieures de « *Compliance officer* ».

## Décision en appel

La question posée était de savoir s'il y avait eu modification d'une condition essentielle du contrat de travail de A, en sa qualité de délégué du personnel et si la modification intervenue était en sa défaveur.

Si le contrat de travail liant les parties précise sous « nature de l'emploi » que « le salarié est engagé sans préjudice d'une nouvelle affectation ultérieure à décider par l'employeur en tenant compte des aptitudes professionnelles et personnelles du salarié ou des

besoins de la banque » et autorise dès lors en principe l'employeur, en raison de son pouvoir de direction, à changer le salarié de service, encore faut-il que la mise en œuvre de cette clause dite de variation ou de mobilité ne soit pas abusive.

L'abus de droit étant « une faute dans l'exercice du droit », soit que le droit est exercé en outrepassant les conditions prévues à sa mise en œuvre, soit que le droit est exercé à des fins autres que celles en vue desquelles il a été reconnu, soit enfin que l'on s'en serve pour nuire à autrui. Le cas échéant, les juridictions constatent l'abus commis par l'employeur et le salarié est en droit de refuser la mise en œuvre abusive, sans que puisse lui être reprochée une faute dans l'exécution de ses obligations contractuelles ou une violation de l'article 1134 du code civil qui prévoit l'exécution de bonne foi des dispositions contractuelles.

En l'espèce, la clause de variation ou de mobilité qui se rapporte aux fonctions du salarié, ne comporte aucune limite ni condition précise de mise en œuvre, de sorte que l'employeur pouvait en principe en faire application comme bon lui semblait et dans n'importe quelle hypothèse, sauf abus de droit.

Si, en principe, la modification prévue par l'article L 121-7 du Code du travail vise les clauses essentielles du contrat de travail, qui ne peuvent être modifiées dans un sens défavorable au salarié, force est de constater que les conditions de travail, soit les conditions dans lesquelles le travail du salarié a été exécuté, entrent également dans le champ d'application du présent article, de sorte que la modification des fonctions du salarié qui porte une atteinte à la qualification professionnelle de ce dernier, est qualifiée de modification du contrat de travail, qui ne peut intervenir en sa défaveur.

Il est encore admis que la déqualification du salarié par la perte de tout ou partie de ses responsabilités constitue une telle modification en défaveur du salarié, sujette à sanction par les juridictions du travail saisies.

En l'espèce, A a, lors de son engagement en date du 1<sup>er</sup> août 2008, été affecté au département « *Operations services, income section* », pour être muté en date

du 1<sup>er</sup> novembre 2011 au « *Operations planning department* », pour ensuite être promu avec effet au 14 janvier 2014 à la fonction de « *Compliance Officer* » (Associé) et finalement être transféré avec effet au 26 septembre 2016 au « *Business development department* ».

Il a gardé tant sa rémunération que son grade et le titre d'associé lors de son ultime mutation.

Sans analyser plus avant la « *job description* » relative à la fonction de « *Compliance officer* » par rapport à celle de gestionnaire commercial de projets du département « *Business development* », la Cour relève qu'il ne peut être contesté que la fonction de « *Compliance officer* » au sein d'un institut bancaire est, par essence, par définition, par nature, une fonction générant des pouvoirs importants et des responsabilités conséquentes.

Depuis l'entrée en vigueur de la circulaire 04/155 de la Commission de Surveillance du Secteur Financier (CSSF) traitant de la fonction de « *compliance* » qui prévoit, en application des articles 5(2) et 17(2) de la loi modifiée du 5 avril 1993, la mise en place d'une fonction de contrôle de conformité à l'intérieur des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, le rôle du « *Compliance officer* » a été défini.

Le Chapitre 1(3) de cette même circulaire précise que la fonction de « *compliance* » a pour objet de protéger l'établissement de tout préjudice qui pourrait résulter du non-respect des normes en vigueur auxquelles l'établissement est soumis dans l'exercice de ses activités sur les différents marchés.

Le « *Compliance officer* » est le salarié désigné par l'établissement aux fins de la direction de la fonction « *compliance* ».

Le nom du « *Compliance officer* », ainsi que tout changement relatif à sa position doivent être annoncés à la CSSF.

Le « *Compliance officer* » est nommé par les membres du Conseil d'administration pour prévenir le risque de « *compliance* » qui, aux termes du chapitre III (1) de la circulaire CSSF 04/155, est défini comme le risque de préjudice qu'un établissement peut subir suite au fait que ses activités ne

sont pas exercées conformément aux normes en vigueur.

Le risque de « *compliance* » peut comporter une variété de risques, tels que le risque de réputation, le risque légal, le risque contentieux, le risque de sanction, ainsi que certains aspects du risque opérationnel, ceci en relation avec l'intégralité des activités de l'établissement.

Les critères censés caractériser l'organisation d'un service « *compliance* » sont l'indépendance et la compétence.

En termes de hiérarchie, la fonction de « *compliance* » doit, lorsqu'elle n'est pas confiée à un membre de l'organe exécutif, être rattachée directement à la Direction générale de l'entreprise, ou tout au moins à un niveau d'autorité suffisant pour assurer son indépendance vis-à-vis des autres services.

Le « *Compliance officer* », ou responsable de la conformité, a non seulement un rôle d'identification de la réglementation financière, du code de bonne conduite et des bonnes pratiques professionnelles à suivre, ainsi que de contrôle de leur application, mais aussi un rôle de conseil, d'information et de formation.

Dans son rôle de contrôle, le responsable de la conformité effectue des contrôles réguliers de second niveau, afin d'identifier les violations des règles ci-avant citées.

Parmi ces contrôles, il y a lieu de relever :

- le contrôle du respect des procédures par les services opérationnels, ainsi que l'exécution des contrôles de premier niveau.
- dans une société de gestion de portefeuilles, le respect des contraintes d'investissement.
- dans une entreprise d'investissement, quel que soit son métier, le respect par le personnel, des règles de transaction pour son propre compte et, plus généralement, du code de déontologie.
- le contrôle de la prévention des abus de marché...

Ces contrôles donnent lieu à un « *reporting* » à la Direction, mais aussi, dans certains cas, comme dans celui de l'abus de marché, à l'autorité de supervision.

Il conseille la direction pour la mise en place de produits nouveaux et s'assure à cette occasion que l'ensemble des mesures destinées à prévenir le risque de non-conformité ont bien été identifiées. De façon plus générale, il conseille le management de l'entreprise sur l'application de la réglementation, par exemple en cas de communication de crise.

Il est responsable de la lutte anti-blanchiment et contre le financement du terrorisme et s'assure de l'existence de procédures dans ce domaine, ainsi que de leur respect.

Il est le correspondant attribué des autorités de supervision et, à ce titre, leur soumet des rapports réguliers sur son activité.

Il est destinataire des alertes des membres du personnel sur les éventuels dysfonctionnements dont ils peuvent être témoins.

Le « *Compliance officer* » est un élément essentiel de la protection de son établissement contre le risque opérationnel.

Il joue également un rôle dans la protection de l'intégrité des marchés et est garant de la primauté des intérêts des clients.

L'importance de la fonction de « *Compliance officer* » a encore été confirmée par le témoin B dans son attestation testimoniale du 16 janvier 2017.

Cette déposition n'est pas à écarter pour ne rapporter qu'une appréciation personnelle du témoin, comme le soutient la Banque.

Il paraît au contraire important de reprendre partiellement la déposition du témoin, qui était « *Compliance officer* » au sein de la Banque à de multiples occasions et qui travaillait dans la même équipe de « *compliance* » que A, dans la mesure où cette déposition est explicite et précise quant à la nature de la fonction de « *compliance* » au sein même de la société employeuse.

#### Ce dernier déclare :

« (...) La fonction de « *compliance* » ne peut pas être confondue avec une fonction de gestion commerciale de projets dans un département « *Business development* ». La fonction « *compliance* » est une fonction de contrôle, qui vérifie

que les faits et gestes de la banque sont conformes à la législation, alors que la fonction de gestion commerciale de projets économiques détermine comment organiser une certaine activité, afin de la rendre exploitable pour la banque.

À titre de comparaison, la fonction « *business development* » est comparable au service des Ponts et chaussées, qui détermine où se situe le meilleur endroit pour établir le feu rouge, alors que le service *compliance* est équivalent à la police, qui vérifie que le feu rouge est bien respecté et que son installation correspond aux normes légales.

Par conséquent, le transfert de poste du département « *Compliance* » vers le département « *Business development* » équivaut à une rétrogradation due à une perte significative des compétences clés de A, qu'il ne pourra que retrouver au sein d'un département « *Compliance* » d'une autre institution financière.

Il faut remarquer en outre que l'actuel chef du département « *Business development* » de la banque S est l'ancien chef du service administration des fonds d'investissement, et par après, ancien chef des opérations.

Il a, à ces titres, fait l'objet de plusieurs demandes de rectification et certaines irrégularités ont été constatées par A sous ma responsabilité en tant que chef du département « *Compliance* », notamment en 2014.

[La section 6.2.2. de la circulaire 2012/552 de la CSSF prévoit que le personnel des fonctions de contrôle interne doit effectuer ses travaux avec objectivité.

Afin que cette objectivité soit garantie, ces personnes doivent avoir l'indépendance d'esprit et de jugement nécessaires à la fonction et surtout ne pas subordonner leur propre jugement à celui d'autres personnes, notamment les personnes contrôlées ou la hiérarchie.]

Ouvrir la possibilité d'un transfert sous les ordres d'une personne précédemment contrôlée enlève au « *Compliance officer* » cette indépendance d'esprit et ouvre la possibilité au nouveau chef de prendre une revanche tardive. (...) »

En conclusion, les fonctions du « *Compliance officer* » sont éminemment complexes et cruciales.

Il est donc vain pour la Banque, eu égard aux développements faits ci-avant, de vouloir prétendre que la nouvelle fonction dévolue à A comporte les mêmes pouvoirs et les mêmes responsabilités que celles qu'il possédait en tant que « *Compliance* ».

Il s'en suit qu'aucune autre fonction au sein de la Banque et certainement pas celle de gestionnaire commercial de projets dans un département de « *Business development* », à l'exclusion de celles des dirigeants de la société employeuse, et celle d'audit interne, ne présente de pouvoirs et de responsabilités similaires à ceux assignés au « *Compliance officer* ».

Il est donc avéré, que sa nomination à la fonction de « *Compliance officer* » constituait en son temps une promotion professionnelle, alors que son transfert

ultérieur au département « *Business development* » lui faisait perdre les pouvoirs et responsabilités ci-avant exposés et constitue dès lors **une dégradation ou rétrogradation de ses fonctions, donc de sa qualification professionnelle, et partant une modification d'une condition essentielle de son contrat en sa défaveur.**

La Cour ne peut suivre le raisonnement de l'employeur selon lequel il n'aurait pas, en transférant le salarié de son poste de « *Compliance officer* » à celui de gestionnaire commercial de projets du département « *Business development* », voulu sanctionner le salarié, qui s'est, mi-juin, rendu prétendument coupable d'un incident qualifié de grave par l'employeur, concernant l'un des clients les plus importants de la Banque en violant la demande de confidentialité du client quant à son vrai nom et ses activités, par le fait d'avoir envoyé des emails à d'autres salariés de la Banque, reprenant le vrai nom et les vraies qua-

lités dudit client, incident qui a fait l'objet d'un avertissement circonstancié en date du 22 juillet 2016, avertissement contesté tant par le salarié que par l'ALEBA.

La chronologie dans le temps des faits ayant précédé la mutation litigieuse de A, ainsi que la nature de l'incident intervenu mi-juin 2016, lui reproché par l'employeur, constituaient pour ce dernier une opportunité de sanctionner une nouvelle fois A, en le retirant du département « *Compliance* », ce d'autant plus que l'employeur n'a donné aucune raison valable à ce transfert subi, dès lors que le département « *Compliance* » était, d'après les dires de l'employeur, en sous-effectif.

Il résulte de ce qui précède que l'appel de A est fondé, de sorte que l'ordonnance entreprise est à réformer.

**A doit par conséquent être réintégré dans ses fonctions de « *Compliance officer* ».**



## 4. Droit disciplinaire : les sanctions applicables contre un salarié doivent respecter le principe de légalité des peines. Nécessité de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour en exclure l'arbitraire et permettre aux intéressés de mesurer exactement la nature et le type des agissements sanctionnés, mais également la possibilité pour la personne concernée de pouvoir raisonnablement évaluer le niveau de sévérité des sanctions qu'elle est susceptible d'encourir. Le libellé « rétrogradation dans une classe de rémunération inférieure » est trop vague et imprécise pour permettre au salarié de prévoir la sévérité de la sanction susceptible de lui être infligée.

Arrêt de la Cour d'appel du 30 mars 2017, n°42278 du rôle

### Faits

Le salarié A a demandé à voir annuler la sanction disciplinaire prononcée à son encontre par son employeur l'Administration communale de X (ci-après la Commune) en date du 2 juillet 2013, consistant en une rétrogradation du groupe 6, échelon 273, au groupe 3, échelon 206, ayant, d'après lui, un impact d'environ 2.000 Euros par mois sur son salaire qui, avant la sanction disciplinaire, s'élevait à 5.637,60 Euros.

### Procédure

Par jugement du 2 mars 2015, le Tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette a annulé la décision du 2 juillet 2013 du collège échevinal de la Commune et refixé l'affaire pour continuation des débats à une audience ultérieure.

Par arrêt du 30 juin 2016, la Cour d'appel, après avoir retenu que la sanction disciplinaire de la diminution de salaire, tout en n'étant pas expressément prévue par la loi au sens formel, a quand même, en vertu des articles L.121-3 et L.162-12, paragraphe 6 du Code du travail, son fondement dans la loi du moment qu'elle a été prévue dans la Convention collective, respectivement dans le contrat de travail, a ordonné la révocation de l'ordonnance de clôture pour permettre aux parties de présenter, relativement à la formulation « *rétrogradation dans une classe de rémunération inférieure* », leurs observations au sujet des exigences de précision du principe de la légalité des peines.

### Les arguments de l'employeur devant la Cour d'appel

La Commune fait valoir que l'article 16.2 point 7 de la Convention collective des ouvriers communaux du Sud est suffisamment précis pour pouvoir être appliqué. En effet, il y aurait lieu de distinguer les sanctions disciplinaires des sanctions pénales, de sorte que l'amplitude du principe de légalité dans le cadre de la précision de la peine pénale ne saurait être directement et entièrement transposée en l'espèce. En effet, en matière pénale chaque infraction devrait être inscrite dans un texte légal, tandis qu'en matière disciplinaire toute faute commise par l'agent dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions pourrait être sanctionnée.

En énumérant un catalogue de sanctions avec huit degrés différents, la Convention collective aurait défini avec un degré suffisant de certitude la nature et le degré de la sanction susceptible d'être infligée, d'autant plus qu'il y aurait lieu de faire une analyse globale, et non une analyse limitée à un seul bout de phrase de la convention.

### Les arguments du salarié devant la Cour d'appel

Pour le salarié, la formulation utilisée dans la Convention collective ne répond pas au principe de la légalité des peines qui ne s'appliquerait pas seulement en matière pénale, mais également aux sanctions disciplinaires prévues par une Convention collective.

Le principe de la légalité de la peine entraînerait la nécessité de définir les infractions en des termes suffisamment clairs et précis pour en exclure l'arbitraire et permettre aux intéressés de mesurer non seulement la nature et le type des agissements à sanctionner, mais également d'anticiper les conséquences juridiques de ces actes en vertu du principe de la « *prévisibilité synchrone* » afin de pouvoir prévoir les sanctions auxquelles ils s'exposent en cas de manquement.

### Le raisonnement de la Cour d'appel

La formulation « *rétrogradation dans une classe de rémunération inférieure* » ne permettrait pas au salarié de savoir à quel groupe il risque d'être affecté ou sur quelle période la rétrogradation va s'opérer.

En droit disciplinaire, la légalité des peines suit les principes généraux du droit pénal et doit observer les mêmes exigences constitutionnelles, conventionnelles et règlementaires de base (Arrêt de la Cour de cassation N° 27/16 du 10 mars 2016).

Le principe de la légalité de la peine entraîne non seulement la nécessité de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour en exclure l'arbitraire et permettre aux intéressés de mesurer exactement la nature et le type des agissements sanctionnés, mais également la possibilité pour la personne concernée de pouvoir

raisonnablement évaluer le niveau de sévérité des sanctions qu'elle est susceptible d'encourir.

En effet, même si le droit disciplinaire tolère, dans l'établissement des peines à encourir, une certaine marge d'appréciation à l'autorité qui prononce la sanction sans que le principe de la spécification de l'incrimination et de la peine n'en soit affecté, la peine doit cependant pouvoir être déterminée en fonction de critères préétablis suffisamment précis pour permettre à la personne concernée de prévoir avec une sûreté suffisante l'importance de la peine qu'elle risque d'encourir en cas de manquement avéré.

Suivant l'article 16.2 de la convention collective applicable aux ouvriers des communes du Sud versée en cause, huit sanctions peuvent être prononcées d'après la gravité de la faute commise et les antécédents professionnels de l'ouvrier, à savoir :

1. Verwarnung durch des Vorgesetzten
2. Schriftliche Zurechtweisung durch den Schöfferrat
3. Suspendierung vom Dienst bis zu drei Tagen
4. Geldstrafen, die nicht höher sein dürfen als 1/10 des Lohnes jenes Tages oder jener Tage, für den oder das Pflichtversäumnis festgestellt wurde
5. Verweigerung einer Lohnerhöhung (Dienstalterzulagen)

6. Verweigerung einer Lohngruppenerhöhung (Beförderung)
7. Einstufung in eine niedrigere Lohngruppe. An Stelle der Einstufung in eine niedrigere Lohngruppe kann eine Suspendierung mit Lohnentzug von der Arbeit bis zu 30 Tagen treten. Die Dauer der Suspendierung wird vom Schöfferrat, nach Rücksprache mit dem zuständigen Dienstchef und dem Ausschuss, nach der Schwere des Vergehens festgelegt. Suspendierungsstrafen, welche länger als 15 Arbeitstage dauern, müssen auf zwei verschiedene Monate verteilt werden.
8. Ordentliche oder ausserordentliche Kündigung.

Si les critères retenus à la première phrase de l'article 16.2 de la Convention collective peuvent être considérés comme suffisamment explicites pour permettre de déterminer l'échelon de la peine à appliquer, la Cour constate cependant que le libellé de la sanction principale du point 7, à savoir la « *rétrogradation dans une classe de rémunération inférieure* » est trop vague et imprécise pour permettre au salarié de prévoir la sévérité de la sanction susceptible de lui être infligée.

En effet, contrairement aux autres sanctions (y compris la sanction de la suspension) qui peuvent être modulées dans des limites suffisamment précises, le libellé de la sanction de rétrogradation ne précise pas les critères

déterminants du choix de la catégorie salariale dans laquelle la personne concernée risque d'être placée. **Le texte ne prévoit même pas de limite inférieure de la rétrogradation alors que pourtant l'influence sur le salaire peut sensiblement varier en fonction de la catégorie dans laquelle un salarié est effectivement rétrogradé. Aucune référence n'est par ailleurs faite quant à la durée dans le temps de l'application de la sanction, respectivement au délai éventuel à attendre avant que le salarié ait de nouveau droit à une promotion ou à un avancement en fonction de son ancienneté.**

Dans ces conditions, le caractère évaluable de la sanction de la rétrogradation n'est pas donné et la formulation ne remplit pas les exigences de précision du principe de la légalité des peines.

Il s'en suit que la juridiction de première instance est à confirmer, quoique pour d'autres motifs, en ce qu'elle a retenu que la demande de A tendant à l'annulation de la sanction disciplinaire du 2 juillet 2013 est à déclarer fondée.

La juridiction du premier degré ayant réservé la demande du salarié A en paiement de la différence entre son ancien salaire et le salaire qu'il a perçu suite à sa rétrogradation, il y a lieu de renvoyer l'affaire en première instance afin de préserver aux parties le double degré de juridiction.

## 5. DROIT EUROPÉEN : suite à un transfert d'entreprise, le cessionnaire doit inclure, lors du licenciement ultérieur d'un travailleur transféré - même plus d'un an après le transfert - dans le calcul de l'ancienneté de ce travailleur, pertinente pour la détermination du préavis auquel ce dernier a droit, l'ancienneté acquise par ledit travailleur auprès du cédant.

Arrêt de la CJUE (dixième chambre) du 6 avril 2017, Unionen, affaire C-336/15

### Faits et procédure

Le litige concerne 4 salariés, tous membres du syndicat Unionen, partie au litige face à l'organisation patronale Almega et la société employeur de droit suédois ISS. Ces salariés ont été respectivement employés par deux sociétés distinctes (Apoteket et AstraZeneca) avant qu'ISS ne devienne leur employeur à la suite d'un transfert d'entreprises.

Plus d'un an après le transfert, respectivement le 27 juillet 2011 et le 31 octobre 2011, ces derniers ont été licenciés pour motif économique. Au moment du licenciement, ils disposaient de plus de 10 ans d'ancienneté cumulée au sein d'ISS et des sociétés cédantes et étaient tous âgés de plus de 55 ans. À l'ancien salarié de la société Apoteket, un préavis de 6 mois a été accordé, pour les autres ce préavis a été prolongé de 5 mois supplémentaires.

Au moment du transfert, les deux sociétés cédantes étaient parties à une convention collective prévoyant qu'en cas de licenciement pour motif économique, les salariés entre 55 et 64 ans ayant acquis une ancienneté ininterrompue de 10 ans bénéficient d'un prolongement du délai de préavis de 6 mois supplémentaires. Le cessionnaire était également partie à une convention collective prévoyant une disposition identique.

ISS a néanmoins refusé d'accorder aux 4 salariés le bénéfice d'un délai de préavis prolongé au motif qu'ils ne remplissaient pas la condition d'ancienneté ininterrompue supérieure à 10 ans.

Le syndicat estime cependant que ISS aurait dû tenir compte de l'ancienneté acquise auprès des sociétés cédantes et que les salariés auraient donc dû bénéficier du délai de préavis prolongé. Le syndicat a donc entamé une action devant la Cour du travail suédoise pour voir l'employeur condamné à réparer le préjudice subi par les salariés.

La Cour du travail suédoise estime que la solution du litige requiert l'interprétation de dispositions de droit de l'Union, en particulier l'article 3 de la directive 2001/23/CE<sup>1</sup>. Elle a donc décidé de surseoir à statuer pour poser une question préjudicielle à la CJUE.

#### Article 3 paragraphes 1 et 3 directive 2001/23/CE :

« 1. Les droits et les 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.

[...]

3. Après le transfert, le cessionnaire maintient les conditions de travail convenues par une convention collective dans la même mesure que celle-ci les a prévues pour le cédant, jusqu'à la date de la résiliation ou de l'expiration de la convention collective ou de l'entrée en vigueur ou de l'application d'une autre convention collective.

Les États membres peuvent limiter la période du maintien des conditions de travail, sous réserve que celle-ci ne soit pas inférieure à un an. »

### La question préjudicielle

« L'article 3 de la directive 2001/23 doit-il être interprété en ce sens que le cessionnaire doit inclure, lors du licenciement d'un travailleur plus d'un an après le transfert de l'entreprise, dans le calcul de l'ancienneté de ce travailleur, pertinente pour la détermination du préavis auquel ce dernier a droit, l'ancienneté acquise par ledit travailleur auprès du cédant ? »

### L'appréciation de la Cour

La directive 2001/23/CE a pour objectif général la protection des travailleurs en cas de transfert d'entreprise. Elle vise en particulier à garantir le maintien de leurs droits et la continuation, autant que possible, des contrats ou des relations de travail afin que les travailleurs faisant l'objet du transfert ne soient pas placés dans une position moins favorable du seul fait du transfert.

La Cour estime que pour l'application de l'article 3 plus particulièrement, la directive a également pour objectif d'assurer un juste équilibre entre les intérêts des travailleurs et ceux de l'entreprise cessionnaire, notamment en permettant à cette dernière de procéder aux ajustements et adaptations nécessaires à la poursuite de son activité.

La Cour n'a pas encore eu à se prononcer sur la question de la prise en compte de l'ancienneté dans l'hypothèse d'un transfert pour le calcul de la durée du délai de préavis en cas de licenciement collectif. Elle s'est en revanche pro-

1) Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements.

noncée sur cette même question mais concernant le calcul de droits de nature pécuniaire. À cet égard, elle a jugé que si « l'ancienneté acquise auprès du cédant ne constitue pas, en tant que telle, un droit que les travailleurs transférés pourraient faire valoir à l'égard du cessionnaire », le cessionnaire, lors du calcul de droit de nature pécuniaire, « est tenu de prendre en compte l'ensemble des années de service effectuées par le personnel transféré dans la mesure où cette obligation résultait de la relation de travail liant ce personnel au cédant et conformément aux modalités convenues dans le cadre de cette relation. »

En l'espèce, il s'avère que la prolongation du délai de préavis de 6 mois donne en pratique lieu au paiement de 6 mois de salaire. Un tel droit doit donc être qualifié de droit de nature pécuniaire, impliquant la prise en compte de l'ancienneté acquise auprès du cédant pour le calcul de la durée du délai de préavis.

Comme l'a rappelé la Cour, l'article 3 de la directive et notamment son paragraphe 3 permet d'assurer un juste équilibre entre les intérêts des travailleurs et ceux du cessionnaire. Il en découle que celui-ci « peut, pour un motif autre qu'un transfert d'entreprises et dans la

*mesure où le droit national le lui permet, procéder aux ajustements et aux adaptations nécessaires à la continuation de son activité. »*

Le législateur suédois a fait usage de la possibilité offerte à l'article 3 paragraphe 3 alinéa 2 de la directive. Le droit suédois prévoit donc que, au moment du transfert et dans l'hypothèse où, le cessionnaire est déjà lié par une convention collective de travail, le maintien des conditions de travail prévues par la convention collective en vigueur auprès du cédant est limité à une période d'un an à compter du transfert.

En l'espèce, il apparaît toutefois que bien que le cessionnaire (ISS) ait effectivement été lié par une convention collective au moment du transfert et qu'il avait la possibilité de procéder, à l'expiration du délai d'un an, à des ajustements des conditions de travail, y compris allant dans un sens défavorable aux salariés transférés, ce dernier ne l'a pas fait. La convention collective applicable aux salariés au moment du transfert n'a par ailleurs été ni résiliée ni renégociée, elle n'a pas non plus expiré ou été remplacée. En conséquence et dans la mesure où le cessionnaire n'a procédé à aucun ajustement et que les termes de la

convention collective en vigueur auprès du cédant et ceux de la convention en vigueur auprès du cessionnaire sont identiques, les salariés ne sauraient être traités de manière moins favorable qu'ils ne l'auraient été avant le transfert.

**L'ancienneté acquise auprès du cédant avant le transfert doit être prise en compte pour le calcul de la durée du préavis.**

### **La décision de la Cour**

*« L'article 3 de la directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, doit être interprété en ce sens que, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, le cessionnaire doit inclure, lors du licenciement d'un travailleur plus d'un an après le transfert de l'entreprise, dans le calcul de l'ancienneté de ce travailleur, pertinente pour la détermination du préavis auquel ce dernier a droit, l'ancienneté acquise par ledit travailleur auprès du cédant. »*