



# INFOS JURIDIQUES

Flash sur le Droit social

## NEWSLETTER

N° 9/2019 25 octobre 2019

1. **Jours fériés légaux : calcul des droits du travailleur à temps partiel.** p.1
2. **Délégué du personnel : la restriction des activités liées à sa qualification professionnelle constitue une modification d'une condition essentielle de son contrat de travail et donc une dégradation interdite.** p.3
3. **Congés : si l'employeur tolère pendant plusieurs années que le salarié reporte son congé d'une année à l'autre, le salarié peut légitimement s'attendre à ce que cet usage soit continué.** p.5
4. **Préavis de licenciement avec dispense de travail : la différence de salaire éventuelle à payer par l'ancien employeur doit tenir compte de la durée du travail applicable à chacun des emplois.** p.6
5. **Droit européen : l'existence d'un transfert de clientèle permet de qualifier l'opération de transfert d'entreprise.** p.7

## 1. Jours fériés légaux : Calcul des droits du salarié à temps partiel.

Arrêt de la Cour d'appel du 10 octobre 2019  
N°CAL-2018-00487 du rôle

### Faits

Par contrat de travail du 11 septembre 2015, la salariée A a été engagée en tant que coiffeuse à concurrence de 24 heures par semaine du jeudi au samedi.

Par courrier du 15 février 2016, son employeur a procédé à son licenciement moyennant un préavis allant du 1<sup>er</sup> mars 2016 au 30 avril 2016.

La salariée, après avoir demandé les motifs du licenciement, conteste celui-ci en justice et réclame aussi un montant de 169,07 euros du chef d'un jour de congé non pris, l'employeur lui ayant indûment retranché un jour de congé pour le jour férié du 1<sup>er</sup> janvier 2016.

### Décision des premiers juges

Par un jugement rendu le 26 mars 2018, le tribunal du travail a déclaré le licenciement du 15 février 2016 fondé et justifié. Par contre, il a dit la demande relative au congé non pris fondée à concurrence du montant de 113,16 euros.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal du travail a, concernant la protection contre le licenciement prévue à l'article L.121-6 du Code du travail décidé « que A n'a pas respecté les conditions légales lui permettant de bénéficier des dispositions protectrices de l'article L.121-6 du Code du travail. »

Le tribunal a ensuite déclaré la lettre de motivation suffisamment précise.

Concernant le congé non pris, le tribunal du travail a retenu la motivation suivante :

« La requérante réclame encore un montant de 169,07 € du chef d'un jour de congé non pris, l'employeur lui ayant indûment retranché un jour de congé pour le jour férié non travaillé du 1<sup>er</sup> janvier 2016.

La société à responsabilité limitée S1 considère de son côté qu'elle a tout payé. Elle explique qu'en tenant compte de l'horaire de travail de A, celle-ci avait droit à  $(200 : 40 \times 24 =) 120$  heures de congé par année, soit 40 heures pour la seule période du 1<sup>er</sup> janvier 2016 au 30 avril 2016,



La présente publication constitue un résumé d'un certain nombre de décisions de justice qui, d'un point de vue formel, ont été simplifiées et vulgarisées de sorte qu'en cas de divergences d'interprétation, seul le texte original fait foi.

date de la fin du préavis. Elle explique que pendant cette période, il y avait deux journées fériées comportant une moyenne de 4,80 heures chacune (24 heures / 5 jours), soit 9,60 heures qu'elle explique avoir rajouté au congé normal pour arriver au total de 49,60 heures indiqués sur la dernière fiche de salaire. Ces heures ayant été intégralement réglées à la salariée, la société défenderesse conclut au rejet de la demande.

Or, il résulte de la fiche de salaire non-périodique du mois d'avril 2016, qui vaut aveu extra-judiciaire dans le chef de l'employeur quant aux indications qu'elle comporte, que la société défenderesse n'a pas payé les 49,60 heures de congé dues, mais que l'indemnité a été calculée sur base de seulement 33,60 heures de congé.

Il résulte encore de la fiche de salaire du mois de janvier 2016 ainsi que du livre des congés versé par la société à responsabilité limitée S1 que les 16 heures retranchées par l'employeur correspondent à deux jours de congé que la salariée aurait pris pendant les journées du 1<sup>er</sup> (8,5 heures) et du 2 janvier 2016 (7,5 heures).

La société défenderesse n'ayant pas expliqué les raisons l'ayant amené à retrancher 8,5 heures de congé pour la journée fériée du 1<sup>er</sup> janvier 2016, la demande de A est à déclarer fondée à concurrence du montant de (8,5 x 13,3128 =) 113,16 €.

### **Décision de la Cour d'appel**

La salariée A a interjeté appel du 1<sup>er</sup> jugement alors qu'elle n'a pas obtenu gain de cause en ce qui concerne son licenciement.

Son employeur a interjeté appel incident de la décision l'ayant condamnée à payer à la salariée une indemnité de congé payé de 113,16 euros.

L'employeur explique le calcul du congé de A de la manière suivante :

« Madame A travaillait 24 heures par semaine.

La période d'engagement de Madame A s'étendait du 1<sup>er</sup> janvier 2016 au 30 avril 2016.

Madame A travaillant à temps partiel, le congé de récréation se calcule comme suit :

$$\frac{200}{\text{heures de travail hebdomadaires} \times 40 \text{ heures}}$$

Madame A travaillant 24 heures par semaine, elle avait droit à 120 heures de congés payés, qui se calculaient comme suit :  $200 : 40 \times 24 = 120$  heures de congé par an, soit 10 heures de congé par mois.

Pour les quatre mois d'occupation en 2016, ses heures de congé s'élevaient à  $10 \times 4 = 40$ .

La société S1, comme il est d'usage courant dans les commerces et dans la restauration, ajoute en début d'année au nombre d'heures de congés payés pour l'année, les heures correspondant aux jours fériés de l'année en cours.

La fiche de salaire indique non seulement les heures de congés de récréation, mais aussi s'y rajoute les heures correspondant aux deux jours fériés.

Pendant la période du 1<sup>er</sup> janvier 2016 au 30 avril 2016, le calendrier comptait deux jours fériés, le 1<sup>er</sup> janvier et le 28 mars 2016 Lundi de Pâques (article L.232-2 du Code du travail), qui tombaient respectivement un vendredi pour le 1<sup>er</sup> janvier 2016 et bien entendu pour le 28 mars 2016.

Suivant l'article L.232-6 du Code du travail « les personnes visées au présent chapitre ont droit pour chaque jour de férié légal tombant un jour ouvrable à un salaire correspondant à la rétribution du nombre d'heures de travail, qui auraient normalement été prestées pendant ce jour. Il en est de même pour les jours fériés légaux tombants un dimanche et remplacés par des jours fériés de rechange. »

Compte tenu du temps partiel de Madame A, le nombre d'heures correspondant aux deux jours fériés se calculait comme suit :

$$24 \text{ heures} / 5 \text{ jours par semaine} \times 2 \text{ jours} = 9,6 \text{ heures.}$$

L'employeur a donc rajouté aux heures de congés réduits à la salariée pour la période d'occupation de 4 mois, soit 40 heures de congé, les 9,6 heures correspondant aux heures des deux jours fériés.

Le total redû au titre du congé en fin de préavis d'élevait donc :  $40 + 9,6 = 49,60$  heures de congés, qui lui ont été réglées à la fin de son préavis avec le solde de congés payés.

Elle en conclut que « Le jugement entreprise doit dès lors être réformé en ce que S1 a été condamnée à payer un montant de 113,16 euros pour le 1<sup>er</sup> janvier 2016, alors que ce le salaire correspondant à ce jour férié légal lui a déjà été réglé avec le paiement du solde de ses congés. »

Or, selon la Cour, si le calcul opéré par l'employeur ci-dessus est correct, contrairement à l'affirmation de ce dernier selon laquelle les 49,60 heures de congé ont été payés à la salariée à la fin de son préavis, c'est de façon correcte que le tribunal a relevé, non seulement qu'il résultait de la fiche de salaire non-périodique d'avril 2016, qui vaut aveu extra-judiciaire dans le chef de l'employeur quant aux indications qu'elle comporte, qu'il n'a pas payé les 49,60 heures de congé dues, mais seulement 33,60 heures de congé, mais encore que ces 16 heures retranchées correspondent d'après la fiche de salaire du mois de janvier 2016 ainsi que du livre des congés à deux jours de congé pris les 1<sup>er</sup> et 2 janvier 2016, sans cependant expliquer les raisons du retranchement de 8,5 heures de congé pour la journée du 1<sup>er</sup> janvier 2016 qui correspond à un jour férié légal payé.

Le jugement est partant encore à confirmer en ce qu'il a condamné la société S1 sàrl à payer à A la somme de 8,5 x 13,3128 soit 113,16 euros.

## 2. Délégué du personnel : Protection contre une modification de son contrat de travail : la restriction des activités liées à la qualification professionnelle du salarié constitue une modification d'une condition essentielle de son contrat de travail et donc une dégradation interdite.

Ordonnance de la Cour d'appel du 4 octobre 2018, N°CAL-2018-00660 du rôle

### Faits

Suivant contrat de travail à durée indéterminée signé le 4 avril 2002, A a été engagé par la société anonyme SOC1 en qualité de « *technicien en traitement d'images digitales pour les publications éditées par l'employeur, sans préjudice d'une nouvelle affectation ultérieure qui tiendra compte de ses aptitudes professionnelles et/ou personnelles ou des besoins de l'employeur* ».

A est membre de la délégation du personnel.

Il estime avoir fait l'objet d'une modification essentielle de son contrat de travail, dès lors qu'après avoir travaillé en qualité de « *Mediengestalter/Bildbearbeiter für druckfertige Aufarbeitung von Bild und Fotomaterial zur Veröffentlichung von Produkten wie Magazin Revue, Fernsehmagazin, Télérevue, Encarts und Bücher* », il aurait été affecté à la tâche de « *Seitenlayout für das Fernsehmagazin* » qui n'aurait requis aucune qualification professionnelle et constituerait une rétrogradation de la fonction occupée.

### Art. L. 415-10 du Code du travail

« [1] 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 président 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. »

### Recours en première instance

Par requête du 19 juillet 2018, A a fait convoquer la société SOC1 devant le Président du Tribunal du travail d'Esch/Alzette pour voir ordonner la cessation de ladite modification, sinon pour voir dire que ladite modification est nulle et non-avenue, sinon pour voir ordonner sa réintégration dans ses anciennes fonctions, sinon pour voir annuler la modification substantielle intervenue et se voir rétablir dans ses anciennes fonctions, chaque fois sous peine d'une astreinte de 1.000 euros par jour de retard, astreinte non plafonnée, sinon plafonnée à 100.000 euros.

Par ordonnance du 10 juillet 2018, le Président du Tribunal du travail a débouté A de ses différentes demandes.

Pour statuer ainsi, le Président du Tribunal du travail a constaté que A avait été amené à collaborer sur le layout de la « TT. » et que ce layout de la « TT. » comportait également des travaux de traitement des images et de mise en page, bien que moins importants que pour une publication comme le magazine EE.

Le juge de première instance en a conclu que, même si les nouvelles tâches dévolues à A paraissaient moins importantes ou stimulantes, le salarié n'établissait pas avoir subi une modification profonde dans ses attributions ou de ses tâches.

### Instance d'appel

Par requête du 19 juillet 2018, A a relevé appel.

Il demande, comme en première instance, à voir constater qu'il a fait l'objet d'une modification d'une clause essentielle de son contrat de travail par la modification de ses attributions et à voir ordonner la cessation de cette modification avec effet immédiat, sinon sub-

sidiairement à voir dire que cette modification est à considérer comme nulle et non avenue, sinon se voir réintégrer dans ses anciennes fonctions, sinon voir annuler la modification substantielle intervenue, chaque fois sous peine d'une astreinte de 1.000 euros par jour de retard, astreinte non plafonnée sinon plafonnée à 100.000 euros.

Se basant sur un arrêt de la Cour de Cassation du 14 juin 2018, (n°63/2018, registre n°3984), A fait valoir que le Président de la chambre de la Cour d'appel à laquelle sont attribués les appels en matière de droit du travail est compétent pour connaître de l'appel de la décision relative à un recours en cessation d'une modification unilatérale d'une clause essentielle du contrat de travail du délégué du personnel, cette procédure étant à assimiler au recours réservé au délégué contre son licenciement réglementé par l'article L.415-10, paragraphe 2, alinéa 3 du Code du travail, la procédure de première instance des deux régimes étant identique.

Quant au fond, le salarié expose qu'il ressort d'un courrier adressé à la date du 11 janvier 2018 par le secrétaire central du syndicat OGBL aux membres du conseil d'administration de la SOC1 que deux membres de la délégation du personnel, dont A, auraient fait l'objet de pressions depuis l'engagement de pourparlers au sujet de l'établissement d'une convention collective. Dans cette lettre, il serait également question de l'affectation de A à la tâche de « *Seitenlayout für das Fernsehmagazin* », ce qui constituerait une dégradation de la fonction qu'il a occupée depuis 16 ans.

Ce projet de changement d'affectation du délégué du personnel n'aurait pas été mis en œuvre immédiatement, mais suite à un courriel du 4 avril 2018, A aurait été informé par B qu'il ne travaillerait plus pour le magazine EE.

S'étant adressé à C pour l'informer de la situation, ce dernier lui aurait répondu qu'il n'est pas responsable du personnel, responsabilité qui incomberait à D, ce que ce dernier aurait cependant nié. Finalement l'affectation à la tâche de « *Seitenlayout für das Fernsehmagazin* » aurait été définitivement attribuée à A à la date du 27 avril 2018.

Selon le salarié, qui reproche encore à la société employeuse un grave dysfonctionnement, son ancienne fonction exigeait une qualification professionnelle de 3 ans, ainsi qu'une certaine expérience professionnelle aux fins de satisfaire aux exigences des standards ISO en matière d'imprimerie et de photographie, tandis que la nouvelle tâche, consistant dans la recherche et la mise en page de photos reprises sur Internet, n'exigerait aucune qualification professionnelle.

Il s'agirait bien d'une modification en défaveur du salarié d'une clause essentielle de son contrat de travail au sens de l'article L.121-7 du Code du travail.

La société SOC1 conteste toute mise sous pression des délégués du personnel. Concernant le travail de A, elle explique qu'il édite trois revues et que trois salariés étaient affectés à la mise en page et la préparation à l'imprimerie des photos publiées dans les trois revues. En raison de conflits permanents entre les personnes en charge de ces travaux, il aurait été décidé de les séparer et de retirer un des salariés de la revue de télévision et A du magazine EE.

Selon la société SOC1, A continue à exercer ses fonctions de mise en page d'images et de layout d'un magazine et il n'y aurait pas de changement substantiel dans ses attributions, ni par ailleurs dans son salaire ou dans ses autres conditions de travail.

#### **a. Quant à la compétence et à la recevabilité**

Les affaires prévues au point 1 et 2 de l'article 415-10 du Code du travail, qui sont jugées en première instance en urgence et comme en matière sommaire, suivent la même procédure en instance d'appel.

Il s'ensuit que la Présidente de la huitième chambre de la Cour d'appel est compétente pour connaître de la présente affaire sur base de l'article L.415-10 du code du travail et qu'elle a été régulièrement et valablement saisie par la requête déposée le 19 juillet 2018.

#### **b. Quant au bien-fondé de la modification de l'affectation du salarié**

Aux termes de l'article L.415-10 (1) institué par la loi du 23 juillet 2015 portant réforme du dialogue social à l'intérieur des entreprises, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016 : « *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 président 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.* »

Ce texte a consacré le principe jurisprudentiel selon lequel la protection de la liberté d'action du délégué sur le plan syndical doit être assurée non seulement par l'interdiction de licenciement du délégué du personnel, mais également par l'assimilation de la modification unilatérale par l'employeur des conditions essentielles du contrat de travail dans un sens défavorable pour le délégué à un licenciement qui est prohibé.

**La modification rendant applicable l'article L.121-7 du Code du travail 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.** L'enlèvement ou la restriction des activités normalement inhérentes à la qualification professionnelle du salarié peuvent être retenus comme une modification d'une condition essentielle de son contrat de travail, c'est-à-dire comme une dégradation.

**Aux fins d'examiner s'il y a modification d'une condition essentielle du contrat de travail de A, en sa qualité de délégué du personnel, et si la modification intervenue est en sa défaveur, il convient d'abord de rappeler qu'aux termes de l'article 1<sup>er</sup> du contrat de travail liant les parties en cause, l'employeur est autorisé en principe de procéder à une affectation nouvelle du salarié tenant compte de ses aptitudes professionnelles et/ou personnelles ou des besoins de l'employeur.**

**Le chef d'entreprise bénéficie du pouvoir de direction et décide seul de la politique économique de son entreprise, de son organisation interne et il est en principe autorisé, en raison de son pouvoir de direction, à changer le salarié de service, à moins d'abuser de son droit. L'abus de droit est 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.**

Il est constant en cause que A était affecté au service PREPRESS et que ses tâches consistaient dans la préparation d'images et de photos aux fins d'être intégrées et imprimées dans les revues éditées par l'employeur, dont la revue de télévision.

Il ressort des deux attestations testimoniales versées par les parties qu'à partir d'un certain moment, A a été affecté au layout de la revue de télévision en raison de conflits entre les trois personnes en charge du traitement des images des trois revues et ces attestations révèlent que A reproche surtout à l'employeur de l'avoir affecté aux travaux de la revue de télévision et non pas le collaborateur qui ne s'entendait pas avec lui.

Or, A continue à effectuer des travaux de préparation des images et des photos et de leur mise en page. Si l'illustration de la revue de télévision paraît moins importante ou intéressante, elle reste de la même nature que l'illustration des autres publications de la société SOC1 et n'en diffère pas à un point pour devoir être considérée comme comportant une modification substantielle dans les attributions ou tâches du salarié en sa défaveur.

Il ne ressort pas non plus d'un quelconque élément du dossier que l'affectation de A à la seule revue de télévision constitue une entrave à l'exercice de sa fonction de délégué ou une sanction disciplinaire à son égard.

L'ordonnance entreprise est dès lors à confirmer, sans qu'il soit nécessaire de procéder à l'audition de témoins.

Les demandes en allocation d'une indemnité de procédure des deux parties sont à rejeter.

### 3. Si l'employeur tolère pendant plusieurs années que le salarié reporte son congé d'une année à l'autre, le salarié peut légitimement s'attendre à ce que cet usage soit continué.

#### Arrêt de la Cour d'appel du 20 décembre 2018 N°45030 du rôle

##### Faits

Par requête déposée le 15 juillet 2014, A a fait convoquer son ancien employeur, la société anonyme SOC1 devant le Tribunal du travail de Luxembourg pour voir condamner son employeur à lui payer une indemnité substantielle pour congés non pris.

Par jugement rendu en date du 15 mai 2017, le Tribunal du travail a déclaré fondée la demande de A en paiement d'une indemnité compensatoire pour congé non pris et a condamné la société SOC1 à lui payer le montant demandé.

Pour ce faire, le Tribunal a reconnu un usage constant et un accord tacite de l'employeur de report intégral des heures de congé non encore prises, d'une année à l'autre, depuis 2006.

Cette question a de nouveau été débattue en appel.

##### Art. L. 233-9 du Code du travail

« Le congé doit être accordé et pris au cours de l'année de calendrier. Il peut cependant être reporté à l'année suivante à la demande du salarié s'il s'agit du droit au congé proportionnel de la première année lequel n'a pu être acquis dans sa totalité durant l'année en cours. »

##### Art. L. 233-10 du Code du travail

« Le congé est fixé en principe selon le désir du salarié, à moins

*que les besoins du service et les désirs justifiés d'autres salariés de l'entreprise ne s'y opposent. Dans ce cas, le congé non encore pris à la fin de l'année de calendrier peut être reporté exceptionnellement jusqu'au 31 mars de l'année qui suit. »*

##### Analyse de la Cour d'appel

C'est à bon droit et pour des motifs que la Cour fait siens, que les juges de première instance ont retenu que bien que l'article L.233-10 du Code du travail dispose que le report, jusqu'au 31 mars de l'année suivante, du congé non encore pris à la fin de l'année est exceptionnel, un usage constant ou encore un accord tacite de l'employeur est créateur de droits dans le chef du salarié, droits exorbitants au droit commun, licite au regard de l'article L.121-3<sup>1</sup> du Code du travail (Cour d'appel, 10 mai 2012, rôle n° 37068).

La Cour constate que le nombre de jours de congé ne figure pas sur les fiches de salaire versées au dossier.

Il ne résulte par ailleurs d'aucun élément du dossier que l'employeur aurait demandé à A de prendre ses congés en temps utile.

Le salarié produit pour étayer ses dires quant au report des jours de congé un échange de courriels avec son employeur, une liste reprenant les jours

de congé non pris des salariés, selon laquelle il avait au 1<sup>er</sup> décembre 2013 un solde de 85 jours de congé non pris, ainsi qu'un relevé établi par lui-même.

Si le relevé émanant du salarié n'a aucune valeur probante, nul ne pouvant se ménager sa propre preuve, la Cour est d'avis, concernant la liste à laquelle il est fait référence dans l'échange de courriels, que même s'il n'est pas établi qu'elle a été dressée par une personne ayant qualité pour engager l'employeur, elle constitue un indice du report des congés non pris effectué par cette dernière. Cet indice est étayé par les propos de H dans son courriel du 21 mars 2014, dans lequel il affirme « *A customary practice may have developed as regards the postponement of holidays, however SOC1 never waived the principle of the loss of holidays after the 31 of March* ».

À partir du moment où l'employeur tolère pendant plusieurs années que le salarié reporte son congé d'une année à l'autre, le salarié peut légitimement s'attendre à ce que cet usage soit continué. Confiant, il peut ainsi être incité à renoncer à prendre son congé en temps utile dans l'intérêt de son employeur. Aussi, le principe de bonne foi qui doit régir l'exécution des contrats implique que l'employeur ne peut, dans ce cas, après plusieurs années se prévaloir d'une absence de renonciation expresse.

<sup>1</sup> Article L. 121-3 : « Les parties au contrat de travail sont autorisées à déroger aux dispositions du présent titre dans un sens plus favorable au salarié. Est nulle et de nul effet toute clause contraire aux dispositions du présent titre pour autant qu'elle vise à restreindre les droits du salarié ou à aggraver ses obligations. »



Cette approche est conforme à l'esprit de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, transposée en droit luxembourgeois par la loi du 19 mai 2006.

En effet, la Cour de justice de l'Union européenne a dans deux arrêts du 6 novembre 2018 (affaires C-619/16 Sebastian W.Kreuzinger/Land Berlin et

C-684/16 Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaft eV/Tetuji Shimizu) jugé que le droit de l'Union s'oppose à ce qu'un travailleur perde automatiquement les jours de congé annuel payé auxquels il avait droit en vertu du Droit de l'Union ainsi que, corrélativement, son droit à une indemnité financière au titre de ces congés non pris, du seul fait qu'il n'a pas demandé de congé avant la cessation de la relation de travail. **Ces droits ne peuvent**

**s'éteindre que si le travailleur a été effectivement mis en mesure par l'employeur, notamment par une information adéquate de la part de ce dernier, de prendre les jours de congé en question en temps utile, ce que l'employeur doit prouver.**

Le nombre d'heures reportées n'étant pas autrement contesté, il convient par tant de confirmer le jugement entrepris.

## 4. Préavis de licenciement avec dispense de travail : la différence de salaire éventuelle à payer par l'ancien employeur doit tenir compte de la durée du travail applicable à chacun des emplois.

Arrêt de la Cour d'appel du 22 novembre 2018 n°44891 du rôle

### Faits et procédure

A a été au service de ASS01 en qualité d'éducatrice diplômée, en vertu d'un contrat de travail à durée indéterminée du 15 septembre 2009, à hauteur de 16 heures par semaine. Elle a été licenciée par courrier recommandé du 26 mai 2015, avec le préavis légal de quatre mois.

Ayant été dispensée de prêter son préavis, elle a pu retrouver un nouvel emploi dans ce délai de 4 mois. Son nouvel emploi était de 20 heures par semaine.

Les parties sont en désaccord quant au calcul de la différence de salaire à régler par l'employeur pendant la période du préavis.

#### Art. L. 124-9 du Code du travail (1)

« En cas de résiliation du contrat à l'initiative de l'employeur ou du salarié, l'employeur peut dispenser le salarié de l'exécution du travail pendant le délai de préavis. La dispense doit être mentionnée dans la lettre recommandée de licenciement ou dans un autre écrit remis au salarié. »

*Jusqu'à l'expiration du délai de préavis, la dispense visée à l'alinéa qui précède ne doit entraîner pour le salarié aucune diminution des salaires, indemnités et autres avantages auxquels il aurait pu prétendre s'il avait accompli son travail. Le salarié ne peut pas prétendre aux avantages que représente le remboursement de frais occasionnés par le travail, notamment des indemnités de repas, des indemnités de déplacement ou des indemnités de trajet.*

*Le salarié bénéficiaire de la dispense de travailler est autorisé à reprendre un emploi salarié auprès d'un nouvel employeur; en cas de reprise d'un nouvel emploi, l'employeur est obligé, s'il y a lieu, de verser au salarié, chaque mois pour la durée de préavis restant à courir, le complément différentiel entre le salaire par lui versé au salarié avant son reclassement et celle qu'il touche après son reclassement. Le complément différentiel est soumis aux charges sociales et fiscales généralement prévues en matière de salaires. »*

### Réponse des juges

La salariée ne peut pas, en cas de reprise d'un travail au cours du préavis de l'exécution duquel elle est dispensée, cumuler son ancien salaire avec le salaire qu'elle touche auprès de son nouvel employeur. L'ancien employeur peut récupérer le trop-payé du salaire.

L'ancien employeur ne saurait tirer avantage du fait que la salariée, qui travaillait auparavant 16 heures par semaine, a trouvé un nouvel emploi à raison de 20 heures par semaine.

Il ya donc lieu de calculer la différence de salaire proportionnellement à la durée du travail applicable à chacun des emplois.

## 5. DROIT EUROPÉEN : L'existence d'un transfert de clientèle permet de qualifier l'opération de transfert d'entreprise.

Arrêt de la CJUE (9<sup>ème</sup> chambre) du 8 mai 2019,  
Dodic c/ Banka Koper, Alta Invest, affaire C- 194/18

### Faits et procédure

Le 23 décembre 2011, Banka Koper a adopté une décision de cessation de ses prestations de services et activités d'investissement, ainsi que de courtage en bourse.

Le 27 juin 2012, elle a conclu avec Alta Invest un contrat de transfert en vertu duquel Banka Koper transférait à Alta les instruments financiers et les autres actifs de clients qu'elle gérait, la tenue de comptes de titres dématérialisés de ses clients, les autres services d'investissement et les services auxiliaires, ainsi que les archives, à savoir la documentation relative aux services et aux activités d'investissement qu'elle devait tenir pour lesdits clients. En outre, il a été convenu que Banka Koper réaliserait pour Alta Invest des activités de courtier en bourse non indépendant.

Par la suite, Banka Koper a cessé ces activités de courtier en bourse. Dans ce cadre, elle a informé ses clients de la possibilité de s'adresser à Alta Invest, leur offrant, à cet égard, des avantages particuliers, tels que la prise en charge de leurs frais de transfert. Banka Koper a également informé ses clients que leur silence serait interprété comme valant acceptation de leur transfert vers Alta Invest. 91 % des clients de Banka Koper se sont effectivement tournés vers Alta Invest, la plupart ayant expressément fait part de leur volonté d'être désormais liés à cette dernière.

Finalement, Banka Koper a supprimé l'unité des services d'investissement et licencié les courtiers en bourse, y compris le contrat de travail à durée indéterminée de courtier en bourse conclu par M. Dodič le 30 juin 2011 et résilié le 11 octobre 2012.

M. Dodič a contesté son licenciement et demandé sa réintégration chez Alta Invest

La juridiction nationale de 1<sup>ère</sup> instance a jugé que les conditions d'un transfert d'entreprise n'étaient pas réunies faute de maintien de l'identité de l'entreprise d'un point de vue économique ou fonctionnel. Elle a souligné, d'une part, que le contrat de transfert conclu entre Banka Koper et Alta Invest ne prévoyait le transfert d'aucun bien matériel, d'aucun droit, ni d'aucun travailleur et, d'autre part, que les clients avaient librement choisi de transférer leurs titres à Alta Invest « ou à n'importe quelle autre société de courtage en bourse ».

La juridiction d'appel a également considéré qu'il n'y avait pas de transfert d'entreprise, dans la mesure où le contrat de transfert conclu entre Banka Koper et Alta Invest n'impliquait pas un changement d'employeur, au sens de cette disposition. Cette juridiction a estimé déterminante l'absence de transfert de clientèle de la première vers la seconde entreprise. Elle a précisé, à cet égard, que la circonstance que la quasi-totalité de cette clientèle a, en fait, décidé de se tourner vers Alta Invest était insuffisante pour conclure à l'existence d'un « transfert d'entreprise ». Par ailleurs, la circonstance que Banka Koper a continué à exercer une activité de courtage en bourse, notamment pour Alta Invest, confirmerait, selon la même juridiction, l'absence de transfert d'entreprise.

M. Dodič a introduit un recours constitutionnel devant l'Ustavno sodišče (Cour constitutionnelle, Slovénie) invoquant une interprétation manifestement erronée et arbitraire de la directive 2001/23. Cette juridiction a annulé l'arrêt de la Cour suprême et lui a renvoyé l'affaire.

Dans le cadre de ce second examen de l'affaire en cause, la juridiction de renvoi se demande si, dans les circonstances de l'espèce, il est possible de considérer qu'il existe un « transfert d'entreprise »,

au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 2001/23<sup>2</sup>.

### Article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, sous a) et b), de la directive 2001/23

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

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

La Cour suprême a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

### Questions préjudicielles

« 1) L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 2001/23 doit-il être interprété en ce sens qu'est également considéré comme un transfert juridique d'entreprise ou de partie d'entreprise un transfert tel que celui qui a été effectué dans les circonstances de l'espèce [le transfert des instruments financiers et autres actifs des clients, à savoir des titres, de la tenue des comptes, de titres dématérialisés des clients, des autres services d'investissement et services auxiliaires, ainsi que des archives], alors qu'il appartenait en fin de compte aux donneurs d'ordre (clients) de décider s'ils confieraient la fourniture des services de courtage en bourse à la seconde par-

<sup>2</sup> 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 (JO 2001, L 82, p.16).

tie défenderesse lorsque la première partie défenderesse cesserait de fournir ces services ?

2) Dans ces circonstances, le nombre de donneurs d'ordre auxquels ces services de courtage en bourse sont désormais fournis par la seconde partie défenderesse, après que la première partie défenderesse a cessé de le faire, est-il déterminant ?

3) La circonstance que la première défenderesse continue à travailler avec des donneurs d'ordre en tant que société de courtage en bourse non indépendante et collabore à ce titre avec la seconde partie défenderesse a-t-elle une incidence quelconque sur le constat relatif à l'existence d'un transfert d'entreprise ou d'établissement ? »

### **Appréciation de la Cour**

La directive 2001/23 est applicable lorsque le transfert d'entreprise porte sur une activité économique organisée de manière stable, soit un ensemble organisé de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre.

Ici, l'unité des services d'investissement de Banka Koper constitue bien une entité économique puisqu'elle dispose de moyens humains et logistiques permettant l'exercice d'une activité économique consistant en la prestation de services de courtage et d'activités d'investissement auprès de donneurs d'ordre.

Le fait que Banka Koper continue de travailler en tant que société de courtage en bourse non indépendante et collabore avec Alta Invest n'a, en principe, pas d'incidence sur la qualification de l'opération en cause au principal de « transfert de partie d'entreprise ».

Le critère décisif pour établir l'existence d'un transfert d'entreprise ou de partie d'entreprise réside dans la circonstance que l'entité économique garde son identité, ce qui résulte notamment de la poursuite effective de l'exploitation ou de sa reprise.

Afin de déterminer si cette condition est remplie, il y a lieu de prendre en considération l'ensemble des circonstances de fait qui caractérisent l'opération concernée, au nombre desquelles

figurent notamment le type d'entreprise ou d'établissement dont il s'agit, le transfert ou non d'éléments corporels, tels que les bâtiments et les biens mobiliers, la valeur des éléments incorporels au moment du transfert, la reprise ou non de l'essentiel des effectifs par le nouveau chef d'entreprise, le transfert ou non de la clientèle, ainsi que le degré de similarité des activités exercées avant et après le transfert, et la durée d'une éventuelle suspension de ces activités.

Ces éléments ne constituent cependant que des aspects partiels de l'évaluation d'ensemble qui s'impose et ne sauraient, de ce fait, être appréciés. En particulier, l'importance respective à accorder aux différents critères varie nécessairement en fonction de l'activité exercée, voire des méthodes de production ou d'exploitation utilisées dans l'entreprise, dans l'établissement ou dans la partie d'établissement concernée.

Ici, l'activité économique poursuivie par l'entité en cause ne requiert pas d'éléments matériels significatifs pour son fonctionnement. En revanche, cette activité économique reposant principalement sur des éléments incorporels, leur transfert revêt une importance certaine aux fins de la qualification de « transfert de partie d'entreprise ».

En effet, les actifs incorporels que constituent les instruments financiers et les autres actifs des donneurs d'ordre, en l'occurrence des clients, la tenue de leurs comptes, les autres services d'investissement ainsi que la tenue des archives, à savoir la documentation relative aux services et aux activités d'investissement fournis aux clients, participent de l'identité de l'entité économique en cause, au sens de la jurisprudence.

Or, le transfert de ces éléments est nécessairement subordonné à l'acceptation expresse ou tacite des clients puisque, dans un contexte tel que celui en cause au principal, une entreprise qui cesse son activité ne saurait imposer à ses clients de confier la gestion de leurs titres à l'entreprise de son choix.

Il en résulte, d'une part, que **la circonstance que les clients de Banka Koper n'étaient pas liés par le contrat de transfert conclu avec Alta Invest et pouvaient librement décider de transférer leurs titres à cette dernière n'est pas**

**susceptible, à elle seule, de faire obstacle à la qualification de « transfert de partie d'entreprise », au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 2001/23.**

**Cependant, l'existence d'un transfert de clientèle doit être établie afin de qualifier l'opération de « transfert de partie d'entreprise ».**

Pour cela, il y a lieu de procéder à une appréciation globale des circonstances en tenant notamment compte des mesures de nature à inciter les clients de Banka Koper à confier la gestion de leurs titres à Alta Invest.

Il appartient ainsi à la juridiction de renvoi de prendre en considération l'existence d'un choix explicite ou non des clients concernant le transfert de leurs comptes vers Alta Invest ou, encore, l'existence d'un transfert par défaut des archives relatives à leurs comptes.

Constitue également un élément à prendre en considération l'existence d'incitations financières telles que la prise en charge des frais de transfert vers Alta Invest.


En outre, si la circonstance que 91 % des clients de Banka Koper ont accepté de voir la gestion de leurs titres confiée à Alta Invest paraît de nature à corroborer l'efficacité de telles mesures incitatives, la qualification de « transfert », au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 2001/23, ne saurait toutefois être opérée sur la base de ce seul constat, lequel intervient, en outre, postérieurement à la conclusion du contrat de transfert entre les deux entreprises.

En définitive, il appartient en dernier ressort à la juridiction de renvoi, seule compétente pour apprécier les faits en cause au principal et pour interpréter la législation nationale, d'établir l'existence ou non d'un « transfert de partie d'entreprise ».

### **Décision de la Cour**

*« L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, 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 la reprise par une seconde entreprise des instruments financiers et des autres actifs de clients d'une première entreprise, à la suite de la cessation d'activité de celle-ci, en vertu d'un contrat dont la conclusion est imposée par la législation nationale, alors même que les clients de la première entreprise demeurent libres de*

*ne pas confier la gestion de leurs titres en bourse à la seconde entreprise, est susceptible de constituer un transfert d'entreprise ou de partie d'entreprise dès lors que l'existence d'un transfert de clientèle est établie, ce qu'il incombe à la juridiction de renvoi d'apprécier. Dans ce cadre, le nombre, même très élevé, de clients effectivement transférés n'est*

*pas, à lui seul, déterminant en ce qui concerne la qualification de « transfert » et la circonstance que la première entreprise collabore, en tant que société de courtage en bourse non indépendante, avec la seconde entreprise n'a, en principe, pas d'incidence. »*