Arrêt N° 40/17 - III – TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Numéro 44432 du rôle

O R D O N N A N C E

rendue le vingt-trois mars deux mille dix-sept en matière de délégation du personnel en application de l'article L.415-10 du Code du travail par Madame Ria LUTZ, présidente de la chambre de la Cour d'appel à laquelle sont attribués les appels en matière de droit du travail, assistée du greffier Isabelle HIPPERT,
sur une requête d'appel déposée le 1er février 2017 par Frédéric FRABETTI dans une affaire se mouvant

Entre :

A, demeurant à B-(…),

appelant, comparant par Maître Frédéric FRABETTI, avocat à la Cour à Luxembourg,

et :

la société anonyme S1 (Luxembourg) S.A., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée, comparant par Maître Christian JUNGERS, avocat à la Cour à Luxembourg.

Par requête déposée le 1er février 2017 au greffe de la Cour, A a relevé appel d'une ordonnance de la Présidente du tribunal du travail de Luxembourg datée du 22 décembre 2016, rendue dans le litige qui l'oppose à son employeur la société anonyme S1 (Luxembourg) SA.

Cette ordonnance a été rendue à la suite d'une requête que A avait déposée le 20 octobre 2016 et dans laquelle il avait exposé qu'il avait été affecté d'abord au département « Operations services-income section », pour ensuite être promu en date du 1er octobre 2013 au titre de « Compliance officer » au sein du département

« Compliance » et qu'en date du 20 septembre 2016 il a été muté à compter du 26 septembre 2016 au département « Business development ».

Il donna à considérer qu'il est délégué du personnel et que, dès lors, toute modification en sa défaveur des conditions essentielles du contrat de travail est prohibée, conformément aux dispositions de l'article L.415-10 du code du travail.

Il fit valoir que sa mutation du département « Compliance à celui de « Business development » constitua 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 estima que cette mesure constitua une double sanction du même fait, qui est partant interdite.

L'employeur résista 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.

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 (Jean-Luc Putz, le nouveau statut de la délégation du personnel, n°393 et ss).*
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. »

L'appelant critique la décision de la Présidente du tribunal du travail, 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 ».

L'intimée soulève en premier lieu l'incompétence matérielle de la Présidente de la troisième Chambre de la Cour d'appel, l'irrecevabilité de la requête déposée le 1er février 2017, finalement, elle conclut à la confirmation de l'ordonnance déférée par adoption de ses motifs.

COMPÉTENCE

La Banque conclut en premier lieu à l'incompétence matérielle de la Présidente de la troisième chambre de la Cour d'appel, dans la mesure où l'alinéa 1er § 2 de l'article 450 (10) du code du travail ne prévoit pas les conditions dans lesquelles l'appel peut être relevé, ni dans quelles formes.

En l'absence de précision expresse faite par la loi quant à la compétence, il faudrait faire application de l'article 578 du NCPC et relever appel selon la procédure de droit commun par exploit d'huissier, constitution d'avocat, appel porté devant la chambre collégiale de la Cour d'appel ayant à connaître des affaires de droit du travail.
L'intimée soutient que l'appel ne pourrait se faire par voie de requête seulement dans l'hypothèse où un texte légal le prévoit, de sorte que la requête devrait également être déclarée irrecevable en la forme.

La Cour relève sur base des décisions judiciaires rendues avant l'entrée en vigueur de la loi du 23 juillet 2015 portant réforme du dialogue social à l'intérieur des entreprises et modifiant le code du travail et la loi modifiée du 19 décembre 2001 concernant le registre de Commerce et des Sociétés. ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises, entrée en vigueur le 1er janvier 2016, que la compétence pour connaître des litiges ayant trait aux délégués du personnel, qui ont été soit licenciés soit dont les clauses contractuelles ont été modifiées en leur défaveur, était déjà dévolue en appel au Président de la chambre de la Cour ayant à connaître des affaires de droit du travail et non à la chambre de la Cour d'appel prise dans sa collégialité.

Le législateur n'a pas entendu modifier cette compétence lors de l'introduction du nouvel article 415-10 dans le code du travail, celle-ci s'expliquant par ailleurs par le fait, qu'en première instance, les susdites affaires sont portées en vertu des articles 415-10 (1) alinéa 2 et (2) alinéa 2, par simple requête devant le Président de la juridiction du travail, qui statue d'urgence et comme en matière sommaire.

Les affaires prévues au point 1 et 2 de l'article 415-10 du code du travail qui sont donc jugées en première instance en urgence et comme en matière sommaire, suivent le même sort, la même procédure en instance d'appel et ne peuvent être jugées comme une affaire au fond selon la procédure de la mise en état, de sorte qu'il était inutile pour le législateur de le préciser expressément.

Il n'existe en effet aucune raison d'ordre juridique d'attribuer une compétence matérielle en instace d'appel à une autre juridiction pour les litiges prévus sub 2, que pour les litiges sub 1, qui sont des hypothèses nécessitant une évacuation rapide sur un plan juridictionnel.

Il s'ensuit que la Présidente de la troisième chambre de la Cour d'appel est compétente pour connaître de l'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 1er février 2017.

BIEN-FONDE DE LA DEMANDE

Aux termes du nouvel article L.415-10 (1) institué par la loi du 23 juillet 2015 portant réforme du dialogue social à l'intérieur des entreprises et modifiant le code du travail et la loi modifiée du 19 décembre 2001 concernant le registre de Commerce et des Sociétés, ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises, entrée en vigueur le 1er janvier 2016, loi partant applicable au cas d'espèce, puisque la requête a été déposée en première instance en date du 20 octobre 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. »

La loi n'a fait que consacrer le principe jurisprudentiel retenu dans l'ordonnance rendue le 21 septembre 1995 dans l'affaire X c/ la société anonyme Y (Luxembourg) SA et les autres qui décidaient :

« L'article 34,1 de la loi du 18 mai 1979 portant réforme des délégations du personnel dispose que pendant la durée de leur mandat les membres titulaires et suppléants des différentes délégations du personnel et le délégué à la sécurité ne peuvent être licenciés.

Par l'interdiction de licencier le législateur entend protéger la liberté d'action du délégué sur le plan syndical.

Cette protection ne serait cependant qu'illusoire si l'employeur pouvait unilatéralement modifier les conditions essentielles du contrat de travail du salarié délégué et restreindre par ce moyen de pression la liberté d'action du délégué.

Dans la situation particulière de délégué de personnel la modification unilatérale par l'employeur des conditions essentielles du contrat de travail dans un sens défavorable pour le délégué équivaut en fait à un licenciement qui est prohibé par l'article 34,1 précité. (dans ce sens document parlementaire numéro 2284, session ordinaire 1978/1979). En effet une telle modification unilatérale des conditions de travail peut avoir pour effet que le délégué, à défaut de pouvoir l'accepter, soit amené à démissionner, situation que l'article 37 de la loi sur le contrat de travail assimile à un licenciement.

Il est sans intérêt dans la situation du délégué d'examiner si la modification est intervenue dans les formes et délais prévues à l'article 37 de la loi sur le contrat de travail ou si elle est nulle, respectivement si le délégué continue à être dans l'entreprise et touche son salaire ou s'il l'a quitté.

Il n'y a qu'à examiner s'il y a modification d'une condition essentielle du contrat de travail du délégué et si la modification intervenue est en sa défaveur. »

Il s'agit partant actuellement et uniquement 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 échet cependant, dans un premier temps, de rappeler que, si le contrat de travail liant les parties précise au point 1) sous « nature de l'emploi » que *« le salarié est engagé ...sans préjudice d'une nouvelle affection ultérieure à décider par l'employeur en tenant compte des aptitudes professionnelles et personnelles du salarié ou des besoins de la banque »*, dès lors autorise 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 (Dalloz verbo contrat de travail : modification cf. mise en œuvre des clauses de variation).

Le cas échéant, les juridictions constatent l'abus commis par l'employeur et le salarié est en droit de refuser la mise en oeuvre abusive, sans que puisse lui être reproché une faute dans l'exécution de ses obligations contractuelles, une violation de l'article 1134 du code civil qui prône 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 sa 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 plus défavorable au salarié, force est de constater, que les conditions de travail, soit les conditions dans lesquelles le travail du salarié ont été exécutées, tombent cependant également sous l'égide du prédit 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 (ibidem).

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 (ibidem).

En l'espèce A a, lors de son engagement en date du 1er août 2008, été affecté au département « Operations services, income section », pour être muté en date du 1er novembre 2011 au « Operations planning department », ensuite être promu avec effet au 14 janvier 2014 à la fonction de « Compliance Officer » (Associate) 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 cette 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 » a été défini.

Le Chapitre 1(3) de cette même circulaire précise que la fonction « 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 dans 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 sanctions,

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 le responsable de la conformité, a non seulement un rôle d'identification de la règlementation 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, quelque 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 règlementation, 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 attitré 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.

Ce dispositif, connu sous le nom de « droit d'alerte», a été mis en place dans la règlementation française, à la suite de la transposition de la MIF et est inspiré du « whistle blowing » de la loi Sarbanes-Oxley (Sox).

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.

En conclusion, les fonctions du « Compliance officer » sont éminemment complexes et cruciales, même si son rôle en tant que policier interne en cas de suspicion autour de pratiques, telles que le délit d'initié, le blanchiment d'argent provenant de sources douteuses, dont le terrorisme, lui permettant de mener des investigations et disposant d'un accès permanent au Conseil d'administration, n'est toujours pas, ni pas toujours bien perçu au sein de la place financière.

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 S1 (Luxembourg) SA.

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.

A 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 S1 (Luxembourg) SA 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 hiéararchie.)
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. (...). »

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 tels pouvoirs et responsabilités.

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, 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 qualités du dit 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, nonobstant demande afférente du salarié-délégué et 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 demande encore une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du NCPC.

Dans la mesure où A a obtenu gain de cause, il ne paraît pas inéquitable de lui allouer la somme de 1.500 euros sur base de l'article 240 du NCPC.

PAR CES MOTIFS :

la Présidente de la troisième chambre de la Cour d'appel, Ria LUTZ, siégeant en application de l'article 415-10 du code du travail, statuant contradictoirement,

se déclare compétente pour connaître de l'appel,

dit l'appel recevable,

dit qu'il est fondé,

<u>réformant :</u>

ordonne à la société S1 (Luxembourg) SA. de réintégrer A dans ses anciennes fonctions de « Compliance officer » avec tous les droits et obligations qui en découlent et ce à partir de la notification de la présente ordonnance, sous peine d'astreinte de 1.000 euros par jour de retard,

dit que l'astreinte est plafonnée à 50.000 euros,

condamne la société S1 (Luxembourg) SA. à payer à A une indemnité de procédure de 1.000 euros sur base de l'article 240 du NCPC,

condamne la société S1 (Luxembourg) SA. aux frais et dépens de l'instance.