Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du seize mai deux mille treize.

Numéro 37772 du rôle

Présents:

Carlo HEYARD, président de chambre,
Ria LUTZ, premier conseiller,
Théa HARLES-WALCH, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

A, demeurant à D-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Catherine NILLES d'Esch-sur-Alzette du 12 septembre 2011,

comparant par Maître Romain ADAM, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

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

intimée aux fins du susdit exploit NILLES,

comparant par Maître André MARC, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 5 mars 2013.

Ouï le magistrat de la mise en état en son rapport oral à l'audience.

A a été aux services de la société anonyme C Luxembourg S.A. (ci-après : la C) depuis le 1er juin 1997 jusqu'au 14 septembre 2009.

En avril 2010, la C a fusionné avec la société anonyme B S.A. (ci-après B) laquelle a repris tous les engagements de la société absorbée.

Le contrat de travail à durée indéterminée du 23 avril 1997 prévoit à l'article 4 que :

« Herr A erhält folgende Bezüge, durch die zugleich eine eventuelle Mehrarbeitsvergütung abgegolten ist:

a) *ein Jahresgehalt von DM 80.000,-*
b) *eine Auslandszulage von DM 3.000 ,-*
c) *eine jährliche Abschlussgratifikation, die aus einem garantierten Betrag von DM 5.000,- und – im Falle ungekündigten Dienstverhältnisses – einer Sondergratifikation besteht, die unter Berücksichtigung der Ertragslage der C individuell nach Leistungsgesichtspunkten jährlich neu festgesetzt wird. (...)".*

Exposant que conformément à cet engagement, il perçut chaque année un bonus, mais que pour l'année 2008 et nonobstant une communication de son employeur du 18 décembre 2008 informant tous les salariés que la C allait maintenir le volume des bonus, il n'a cependant jamais reçu le bonus qui lui était dû pour l'année 2008 et qui aurait dû être équivalent à celui de l'année 2007, A fit convoquer son ancien employeur devant le tribunal du travail de Luxembourg pour l'entendre condamner à lui payer la somme de 66.250 euros à titre de bonus pour l'année 2008 ainsi que la somme de 4.200 euros, sinon tout autre montant à dire d'expert, en raison d'une moins-value de ses droits dans le cadre de l'assurance pension complémentaire. Il demanda encore une indemnité de procédure de 2.500 euros.

Le courriel du 18 décembre 2008 a la teneur suivante :
« pour l'année civile 2008, il a été décidé d'accorder un volume de primes total C équivalent à 100% du volume des primes pour l'année 2007 compte tenu des effectifs en 2008. La fixation du montant des primes individuelles se fera comme les années précédentes en fonction des résultats ».

L'employeur s'opposa à la demande au motif qu'il y a lieu de distinguer entre les montants payés à titre de « bonus variable » et à titre « Sonderzahlung » ayant été payés sous les intitulés « einmaliger Sonderbonus, einmalige Sonderzahlung » ou « zusätzlicher Bonus ».

En ce qui concerne le bonus variable, d'un montant de 31.250 euros pour l'année 2007, l'employeur aurait conservé, conformément à l'article 4 du contrat de travail, un pouvoir discrétionnaire dans la fixation de son montant. Par le paiement d'un montant de 3.829,20 euros, il se serait acquitté de son obligation au paiement d'un bonus variable résultant du contrat de travail. En outre, les différents courriers ayant accompagné le paiement des bonus variables des années 2002 à 2007 auraient tous, sans exception, indiqué que *« aus dieser Zahlung können keine Rechtsansprüche für die Zukunft hergeleitet werden ».*

La « Sonderzahlung » s'étant élevée à 35.000 euros pour les exercices 2006 et 2007 ne serait pas due à défaut de tout engagement contractuel ou d'un usage constant établissant le droit au bénéfice de cette somme.

L'employeur réclama encore une indemnité de procédure de 1.000 euros.

Par jugement contradictoire du 15 juillet 2011, le tribunal du travail a dit la demande non fondée et il rejeta les demandes respectives sur base de l'article 240 du NCPC.

Pour statuer ainsi le tribunal a retenu, après avoir rappelé les principes jurisprudentiels en rapport avec les gratifications et constaté que le contrat de travail prévoyait le principe du paiement d'une prime annuelle, que l'employeur a pu légitimement limiter le paiement du bonus variable à un montant correspondant à un salaire brut en se basant sur le critère de sa situation financière s'inscrivant dans le cadre de la crise financière et de la fusion par absorption de la C par la B.

Le tribunal a encore retenu que le courriel du 18 décembre 2008 annonçant un maintien du volume global des gratifications au sein de la C pour l'année 2008 ne constituait pas un engagement de la Banque à payer à chaque salarié un bonus équivalent à celui de l'année 2007.

A n'établirait pas non plus que le paiement d'un « Sonderbonus » ait constitué un usage constant au sein de la société.

Au vu du résultat des demandes du chef de bonus, le tribunal a encore rejeté la demande de A ayant trait à l'indemnisation d'un préjudice en relation avec l'assurance pension complémentaire.

Par exploit d'huissier du 12 septembre 2011, A a régulièrement interjeté appel de ce jugement lui notifié le 23 juillet 2011.

Il conclut, par réformation, à entendre faire droit à sa demande en paiement d'un montant de 66.250 euros à titre de bonus pour l'année 2008 ainsi qu'à sa demande en réparation du préjudice subi au niveau de l'assurance pension complémentaire d'un montant de 4.200 euros.

En ordre subsidiaire, il demande à voir instituer une expertise afin de déterminer le montant devant lui revenir au niveau de l'assurance pension complémentaire en raison de l'absence de cotisation patronale sur le montant de 66.250 euros.

Il demande enfin une indemnité de procédure de 2.500 euros pour la première instance et de 5.000 euros pour l'instance d'appel.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement et à l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000 euros pour l'instance d'appel.

A reproche d'abord au tribunal du travail d'avoir suivi l'argumentation de l'intimée quant au « splitting » du bonus en bonus variable et « Sonderbonus ». Il soutient qu'au vu du courriel du 18 décembre 2008, la C, et partant la B, s'était irrévocablement engagée à payer à tous les salariés un bonus pour l'exercice 2008 équivalent à celui payé pour l'exercice 2007, il n'avait pas lieu de distinguer entre bonus variable et « Sonderbonus », ni de s'interroger si ces bonus résultent d'un engagement contractuel et/ou d'un usage constant.

Il résulte de l'article 4 du contrat de travail ci-avant décrit que la gratification annuelle de A se composait d'une partie fixe « bonus garanti » et d'une partie variable « bonus variable » « Sondergratifikation ».

Or, la demande de D portant sur un montant total de 66.250 euros pour l'exercice 2008 se compose, si on applique la clé de répartition de l'exercice précédent, à :

- un bonus variable d'un montant de 31.250 euros
- un « Sonderbonus » d'un montant de 35.000 euros.

Indépendamment de l'information générale contenue dans le courriel du 18 décembre 2008 quant au maintien d'un volume de bonus équivalent à 100 % de celui de 2007, il s'agit partant de deux chefs de demande différents qu'il convient de traiter isolément.

- **<u>Quant au bonus variable :</u>**

L'appelant reproche ensuite au tribunal d'avoir suivi l'argumentation de l'intimée quant au caractère discrétionnaire du bonus. Il soutient qu'à supposer même que le bonus eût un caractère discrétionnaire, celui-ci aurait disparu par son paiement régulier et par le courriel clair et non équivoque du 18 décembre 2008.

Dès lors, l'argument avancé par la Banque en ce que le contrat de travail n'aurait pas précisé les modalités de calcul, de sorte qu'elle garderait un pouvoir discrétionnaire dans la fixation du montant serait sans pertinence aucune au vu de son courriel du 18 décembre 2008.

Ce serait encore à tort que le tribunal aurait suivi l'argumentation de l'intimée que la fixation des bonus devant revenir aux salariés dépendait de leurs performances individuelles. Ce serait également à tort que le tribunal se serait basé sur le critère de la situation financière de la Banque qui s'inscrit dans le cadre de la crise financière et de la fusion par absorption de la C.

Or, il résulterait du *« Geschäftsbericht »* pour l'année 2008 que le résultat de la C était excellent et même extraordinaire par rapport aux années précédentes (en l'occurrence, un bénéfice de 317,7 millions d'euros). En outre, la fusion de la C avec la B n'aurait même pas encore été d'actualité à ce moment-là étant donné qu'elle n'est intervenue qu'en avril 2010.

Il conteste encore que le paiement du bonus fût conditionné par le résultat du groupe, alors que le contrat de travail signé entre parties, c'est-à-dire avec la filiale luxembourgeoise ne mentionnerait que la *« Ertragslage de C »* c.à.d de la filiale luxembourgeoise et non celle du groupe.

La B ne conteste pas qu'en présence de bons résultats financiers de la C et des performances excellentes du salarié, celui-ci eût pu bénéficier d'un bonus. Il y aurait cependant lieu de tenir compte du cadre dans lequel ces résultats se seraient inscrits, à savoir la crise financière bien réelle dès le second semestre 2008 ainsi que la fusion en cours de la C par la B.

Il se serait avéré au printemps 2009 lors de la fixation définitive des primes, que la situation des sociétés B et C, - se trouvant dans un processus de fusion -, était telle qu'au vu des résultats opérationnels du groupe entier, le paiement d'un bonus de l'importance des années précédentes n'était économiquement plus possible.

Par ailleurs, les parties n'auraient fixé aucun mode de calcul ou aucun autre montant précis pour ce paiement supplémentaire, de sorte que la Banque aurait gardé un pouvoir discrétionnaire en la matière.

En utilisant légitimement la marge de manœuvre lui concédée par les dispositions contractuelles et en fixant le bonus variable devant revenir à A pour l'année 2008 à 3.829,20 euros, la Banque aurait dès lors pleinement exécuté son obligation.

L'appelant ne pourrait pas non plus faire valoir un droit acquis à un certain montant de bonus variable sur base d'un engagement individuel de la banque, alors que le courriel du 18 décembre 2008 ne constituerait pas en l'espèce un engagement de la Banque à payer à chaque salarié un bonus équivalent à celui de l'année 2007.

Ainsi que l'a retenu à juste titre le tribunal du travail, il résulte des termes mêmes du contrat de travail que l'employeur, en s'engageant au paiement d'un bonus annuel dans son principe, avait conservé un pouvoir discrétionnaire quant au montant du bonus à payer qui est établi en fonction des deux seuls critères de la situation financière de la Banque et des performances individuelles du salarié, aucune méthode de calcul n'étant pour le surplus prévue pour le déterminer.

En disant dans son courriel du 18 décembre 2008 qu'*« il a été décidé d'accorder un volume de primes total C équivalant à 100 % du volume des primes pour l'année 2007 compte tenu des effectifs en 2007 »*, la Banque a pris position quant à l'incidence de sa situation financière sur les bonus variables de l'année 2008 et s'est engagée à ne plus faire entrer en jeu postérieurement au 18 décembre 2008, son évolution financière ou celle de l'entité avec laquelle elle était en processus de fusion.

Contrairement aux conclusions de A, le courriel du 18 décembre 2008 de la Banque annonçant à ses salariés un maintien du volume total des primes de l'année précédente ne constituait cependant pas un engagement de celle-ci de payer au salarié pris individuellement un bonus équivalent à celui de l'année 2007.

Compte tenu du fait que la Banque avait gardé toute latitude dans l'appréciation des performances individuelles de chaque salarié (cf. *« la fixation du montant des primes individuelles se fera comme les années précédentes en fonction des résultats »*), la Banque a malgré l'évaluation élogieuse – en termes vagues – du travail de A, légitimement pu limiter le paiement à A au titre du bonus variable à un montant correspondant à un salaire brut.

Ce faisant la Banque n'a pas agi en violation des dispositions du contrat de travail relatives au bonus variable.

A invoque encore un droit acquis résultant d'un usage ayant consisté dans le fait que depuis le début de son engagement, soit à partir du 1er juin 1997, il s'était vu attribuer chaque année un bonus variable, au même titre que d'autres salariés de la même catégorie et que ledit bonus aurait augmenté chaque année, de sorte que les

critères de constance, de généralité et de fixité de cet usage seraient remplies en l'espèce.

L'intimée au contraire fait valoir que les paiements des bonus des années précédentes n'ont donné lieu à aucun usage selon lequel le montant de la « Sondergratifikation » aurait eu ou aurait pu avoir une consistance bien déterminée. Au contraire, le montant du bonus variable versé à A aurait toujours varié et la Banque aurait légitimement utilisé sa marche de manœuvre dans l'évaluation du bonus de l'appelant pour l'année 2008.

La Cour constate que les montants des bonus n'étaient jamais les mêmes et chaque bonus était attribué sous la réserve expresse suivante : *« Aus dieser Sonderzahlung können kein Rechtsansprüche für die Zukunft hergeleitet werden ».*

A n'a donc pas établi d'usage lui permettant qu'il soit fait droit à sa demande.

A conclut encore en dernier ordre de subsidiarité à fixer en équité le bonus devant lui revenir pour l'année 2008 à 70 % au moins de celui touché pour l'année 2007.

Il résulte de développements qui précèdent que la Banque a pu en vertu de son pouvoir discrétionnaire limiter le paiement du bonus pour l'année 2008 à 3.829,20 euros.

Toute considération relative à l'équité est dès lors à rejeter.

- **<u>Quant au « Sonderbonus » :</u>**

A fait valoir sur ce point qu'à supposer que le « Sonderbonus » ne résulte ni d'un engagement contractuel – ce qui resterait formellement contesté – et pour autant que le droit au « Sonderbonus » ne résulterait pas du courriel du 18 décembre 2008, il serait incontestable que le « Sonderbonus » remplit, au vu des pièces versées, les critères de constance, de généralité et de fixité.

Il résulte des développements qui précèdent que A n'établit pas dans le chef de la Banque un engagement contractuel au paiement de cette prime. En effet et même s'il résulte de la lettre du 18 mars 2008 que le « Sonderbonus » constituait une partie du « Gesamtbonus », il n'en demeure pas moins que la Banque ne s'était pas engagée contractuellement au paiement d'une telle gratification et que dans son prédit courrier elle avait au contraire émis une réserve expresse *« Aus dieser Zahlung können keine Rechtsansprüche für die Zukunft hergeleitet werden ».*

Enfin, A n'établit pas que le paiement d'« Sonderbonus » en sa faveur au cours des années précédentes ait correspondu à un usage au sein de l'entreprise revêtant les

caractères de constance, de généralité et de fixité requis par la jurisprudence. En particulier, il n'établit pas que cette prime ait eu une consistance bien déterminée et que tous les salariés ou du moins une certaine catégorie ait bénéficié de cette prime.

Il y a partant lieu de confirmer encore sur ce point le jugement entrepris.

- <u>Quant au préjudice subi au niveau de l'assurance pension complémentaire</u>

A conclut encore à la réformation du jugement entrepris en que le tribunal n'a pas fait droit à sa demande en paiement du montant de 4.200 euros du chef de préjudice subi au niveau de son assurance pension complémentaire. Il fait valoir à l'appui de son appel qu'il est incontestable que le paiement d'un bonus fait partie intégrante de son salaire et devra dès lors être pris en considération au niveau de son assurance pension complémentaire. En ordre subsidiaire, il demande l'institution d'une expertise afin de déterminer le montant qui lui revient au niveau de l'assurance pension complémentaire en tenant compte du montant de 66.250 euros par l'absence de cotisation sociale.

L'intimée conteste cette demande tant en son principe qu'en son montant.

Il résulte des développements qui précèdent que A n'a pas droit au paiement d'un bonus de 66.250 euros. Il ne justifie dès lors pas non plus de l'existence d'un préjudice au niveau de l'assurance pension complémentaire causée par l'absence d'un paiement qui lui serait dû.

L'offre de preuve par expertise n'est pas pertinente et il y a lieu de confirmer encore sur ce point le jugement entrepris.

A demande enfin l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.500 euros pour la première instance et de 5.000 euros pour l'instance d'appel.

Or, au vue de l'issue du litige en première instance et de la décision de confirmation à intervenir en instance d'appel, cette demande n'est pas fondée.

B demande de son côté l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000 euros.

Cette demande n'est pas non plus fondée, à défaut par l'intimée de justifier au vu des circonstances de l'espèce en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge les frais par elle exposés et non compris dans les dépens.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, troisième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport oral du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel ;

le dit non fondé ;

partant **confirme** le jugement entrepris ;

dit non fondées les demandes respectives sur base de l'article 240 du NCPC ;

condamne A à tous les frais et dépens de l'instance et ordonne la distraction au profit de Maître André MARC qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.