

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N° 115/24 - III – TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du dix-sept octobre deux mille vingt-quatre.

Numéro CAL-2022-00556 du rôle

Composition:

Alain THORN, président de chambre,
Anne-Françoise GREMLING, premier conseiller,
Marc WAGNER, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

Entre :

PERSONNE1.), demeurant à L-ADRESSE1.),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Kelly FERRERIA SIMOES, en remplacement de l'huissier de justice Martine LISÉ de Luxembourg, du 11 mai 2022,

intimé sur appel incident,

comparant par Maître Pierrot SCHILTZ, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et :

la société anonyme SOCIETE1.) AG, établie à D-ADRESSE2.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, ayant dans le cadre d'une fusion transfrontalière comportant transmission universelle de

patrimoine, repris l'ensemble des droits et obligations de la société anonyme SOCIETE2.), ayant été établie et ayant eu son siège social à L-ADRESSE3.),

intimée aux fins du susdit exploit FERREIRA SIMOES,

appelante par incident,

comparant par l'étude ALLEN OVERY SHEARMAN STERLING, société en commandite simple, inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège à L-1855 Luxembourg, 5, avenue J-F Kennedy, représentée pour les besoins de la présente par Maître Maurice MACCHI, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Saisi le 4 mai 2020 d'une requête déposée par PERSONNE1.) tendant, entre autres, à la condamnation de son ancien employeur, la société anonyme SOCIETE2.), à lui payer certains montants à titre de perte d'un avantage en nature, d'indemnité compensatoire de congé non pris, d'arriérés de salaire, de primes de conjoncture, de primes d'ancienneté et de bonus exceptionnel, le tribunal du travail de Luxembourg a, par jugement contradictoire du 21 mars 2022, notamment :

- déclaré prescrites les demandes tendant au paiement d'une prime de conjoncture et d'une prime d'ancienneté pour l'année 2016,
- déclaré fondée la demande de PERSONNE1.) en paiement d'une indemnité de congé non pris à concurrence du montant de 2.059,47 euros et condamné la société anonyme SOCIETE2.) au paiement de ce montant,
- déclaré non fondées les demandes tendant au paiement d'arriérés de salaire liés à la prétendue perte d'un avantage en nature, au paiement d'arriérés de salaire pour défaut d'adaptation du salaire au statut de cadre supérieur, au paiement d'arriérés de salaire pour défaut d'application d'une prétendue hausse de salaire d'un pour cent à partir de juin 2018, au paiement d'une prime de conjoncture pour l'année 2017 et de primes d'ancienneté pour les années 2017 et 2018 et au paiement d'un bonus exceptionnel.

Pour statuer ainsi, la juridiction du travail de première instance, a retenu en substance :

- que la requête a été introduite plus de trois années après les échéances des primes d'ancienneté et de conjoncture pour l'année 2016,
- que la mise à disposition d'un véhicule de fonction n'était pas un élément du salaire, mais constituait un avantage volontairement accordé par la société défenderesse au requérant et qu'il était par ailleurs explicitement convenu entre parties que cet avantage pouvait, au-delà du 31 juillet 2018, être révoqué à tout moment par la société anonyme SOCIETE2.),
- que le requérant a obtenu le paiement du montant brut de 3.089,22 euros à titre de « Sonderzahlung - 7,5 Ruhe Tage », de sorte que le volet de la demande concernant 7,5 jours de repos en 2018 n'est pas fondé,
- que le requérant était partant en incapacité de travail pendant une large partie de l'année 2018 et pendant toute la période de report (c'est-à-dire jusqu'au 31 mars 2019), qu'il n'a pas pu prendre ses congés non plus après cette date dans la mesure où il a été licencié le 23 mai 2019 et qu'il a été dispensé de travail pendant toute la période de préavis de 4 mois, qu'il peut dès lors prétendre au paiement d'une indemnité correspondant à 5 jours de congé non pris en 2018,
- qu'eu égard au principe de l'autonomie de la volonté, il n'appartient pas au juge d'interférer dans le cadre de dispositions contractuelles, sauf contradiction avec les obligations légales ou issues de conventions collectives d'application obligatoire, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, l'évaluation versée par le salarié n'ayant aucune force contraignante,
- qu'aucun avenant ou lettre adressée au requérant comporte l'engagement unilatéral de l'employeur d'augmenter le salaire d'un pour cent,
- que l'augmentation de 1.000 euros formalisée dans l'avenant du 14 juin 2018 par la nouvelle direction de la société anonyme SOCIETE2.) vient en lieu et place de l'augmentation d'un pour cent envisagée quelques jours plus tôt par l'ancien administrateur délégué,

- que la requête ayant été introduite le 4 mai 2020, soit plus de trois années après les échéances des primes d'ancienneté et de conjoncture pour l'année 2016, les demandes en paiement d'arriérés de primes pour cette année sont prescrites,
- que les demandes tendant au paiement de primes de conjoncture et d'ancienneté impliquent la contestation par le requérant de son statut de cadre supérieur,
- que pour l'année 2017, PERSONNE1.) a touché une rémunération supérieure de 17% à celle d'un salarié conventionné,
- qu'une différence de salaire de 20%, sinon de 13,60%, était suffisante pour constituer un salaire nettement plus élevé que celui des salariés couverts par la convention collective dont le salarié se prévaut,
- que le salaire de PERSONNE1.) était nettement supérieur à celui qu'il aurait dû théoriquement percevoir s'il avait eu la qualité de salarié conventionné,
- que c'est dès lors en vain qu'il soutient que parmi les trois critères énumérés au troisième alinéa de l'article L.162-8, paragraphe (3), du Code du travail, la condition financière n'aurait pas été remplie dans son chef, de sorte qu'il y a lieu de débouter PERSONNE1.) de ses demandes tendant au paiement d'une prime de conjoncture pour l'année 2017 et de primes d'ancienneté pour les années 2017 et 2018,
- que le bonus exceptionnel est payable à la fin de la période de rétention, cette expression désignant la période allant du 1^{er} janvier 2018 au 31 décembre 2022,
- que l'avenant précise que le droit au paiement de ce bonus exceptionnel devient caduc, notamment en cas de licenciement pour faute grave ou pour motif inhérent à la personne du salarié avant la fin de la période de rétention,
- que le contrat de travail a été résilié par l'employeur en raison de l'absentéisme chronique du requérant, donc pour un motif inhérent à la personne du requérant, par opposition à un motif d'ordre économique sans lien avec la personne du salarié licencié, de sorte que la demande

en paiement d'un bonus exceptionnel en application de l'avenant du 15 novembre 2017 n'est pas fondée.

PERSONNE1.) a interjeté appel du susdit jugement par exploit d'huissier du 11 mai 2022.

A l'appui de son recours, l'appelant fait valoir qu'il aurait marqué son accord à ce qu'une partie de son salaire soit prestée sous forme de véhicule mis à sa disposition et que suite au retrait de cet avantage en nature, faisant partie de son salaire, il aurait droit au paiement de cette partie du salaire en numéraire.

Il allègue que l'intimée aurait marqué son accord à un report des congés pour l'année 2017 et que les 7,5 jours de congé mentionnés sur la fiche de salaire du 23 septembre 2019 auraient trait à l'année 2019 et non 2018.

Affirmant que l'intimée l'aurait unilatéralement classé comme cadre supérieur avec effet au 1^{er} janvier 2016, l'appelant estime avoir touché un salaire insuffisant pour un cadre supérieur dont la rémunération devrait être de 20% supérieure à celle d'un salarié conventionné. Il estime dans ce contexte, qu'un salaire « nettement supérieur » ne pourrait se concrétiser que par une augmentation. Il réclame, à titre d'arriérés, le paiement d'une majoration de 20% de son salaire à partir de cette date.

A titre subsidiaire, PERSONNE1.) soutient qu'à défaut d'acceptation de la qualité de cadre de sa part, il devrait être considéré comme salarié conventionné, ce d'autant plus que son salaire à partir du 1^{er} janvier 2016 aurait même baissé. En conséquence, il aurait droit au maintien des primes de conjoncture et d'ancienneté lui accordées par la convention collective.

Selon l'appelant, afin de déterminer si le salaire est nettement plus élevé que celui d'un salarié conventionné, il ne suffirait pas de prendre en compte exclusivement la convention collective, mais il faudrait prendre en considération « *la réalité salariale des employés conventionnés* ».

PERSONNE1.) conteste, en instance d'appel, avoir eu un quelconque pouvoir de direction avant le 1^{er} mai 2017 et avoir disposé d'une liberté des horaires de travail pendant toute sa relation de travail

L'appelant affirme que l'employeur se serait verbalement engagé à augmenter sa rémunération de 1% à partir du 1^{er} juin 2018. Il prétend que cette majoration promise serait totalement indépendante de l'augmentation à hauteur de 1.000 euros avec effet rétroactif au 1^{er} mai 2018.

Il conteste avoir été licencié en raison de son absentéisme et estime avoir droit au bonus exceptionnel contractuellement prévu.

Par réformation du jugement entrepris, PERSONNE1.) réclame les sommes de :

- 3.134,53 euros à titre d'arriérés de salaire liés à la perte d'un avantage en nature,
- 7.077,09 euros à titre d'indemnité compensatoire pour jours de congé non pris,
- 40.629,80 euros du chef d'arriérés de salaire résultant d'une majoration de 20% de son salaire, sinon, subsidiairement, les montants de 7.126,86 et 9.302,20 euros à titre de primes de conjoncture et d'ancienneté,
- 1.457,62 euros à titre d'arriérés de salaire en raison d'une hausse de salaire de 1% convenue entre parties,
- 33.690,08 euros du chef de bonus exceptionnel.

Il sollicite encore une indemnité de procédure de 2.000 euros pour la première instance et de 5.000 euros pour l'instance d'appel.

L'intimée se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité de l'appel.

Elle souligne que la mise à disposition du véhicule constituait un avantage en nature imposable, raison pour laquelle le véhicule de fonction figurait sur la fiche de paie du salarié, mais que d'un point de vue contractuel, il s'agissait d'un avantage purement volontaire et temporaire révoquant à tout moment, comme clairement précisé dans un courrier du 26 mars 2018.

Elle fait valoir que le salarié aurait dû prendre ses 4 jours de congé restants de 2017 pendant l'année 2018 et que ce dernier avait largement la possibilité de le faire avant le début de son incapacité de travail pour cause de maladie en octobre 2018.

Elle affirme que les 7,5 jours de repos figurant sur la fiche de salaire du 23 septembre 2019 ne se réfèrent pas à l'année 2018. Si la Cour considérait néanmoins que tel était le cas, elle fait plaider que l'appelant ne saurait sérieusement soutenir n'avoir pas pu prendre ces jours en 2018 avant son arrêt maladie.

Quant aux demandes en lien avec le statut de cadre supérieur, l'intimée fait valoir que si, en l'espèce le salaire de l'appelant ne devait pas être assez élevé

afin qu'il puisse être considéré comme cadre supérieur, la seule conséquence qui en découlerait serait que le salarié aurait été mal classifié avec comme corollaire qu'il est en droit de bénéficier des avantages de la convention collective.

Pour déterminer si un salarié perçoit un salaire nettement supérieur au sens de l'article L.162-8 du Code du travail, il conviendrait de prendre exclusivement en considération la rémunération d'un employé appartenant à la catégorie de salariés la plus élevée de la convention collective en se référant aux seuils y mentionnés.

Il n'existerait par ailleurs aucun automatisme entre la classification d'un travailleur comme cadre supérieur et une augmentation de son salaire.

L'employeur se prévaut d'une acceptation tacite de la part de PERSONNE1.) de son statut de cadre supérieur. Cette classification hors convention collective aurait été effectuée en tenant compte de l'élargissement des compétences et responsabilités de l'appelant. Ce dernier aurait par ailleurs bénéficié d'une flexibilité dans l'organisation de son travail. En raison de statut, l'appelant ne saurait prétendre aux avantages de la convention collective.

L'intimée soulève la prescription de toute revendication financière afférente à l'année 2016.

Elle argumente que l'augmentation à hauteur de 1.000 euros, avec effet rétroactif au 1^{er} mai 2018 du salaire de l'appelant, aurait remplacé le projet de majoration de 1% de ce salaire à partir du 1^{er} juin 2018.

Elle conclut au rejet de la demande en obtention d'un bonus exceptionnel, au motif que la relation de travail entre parties a pris fin avant la période de rétention, contractuellement fixée au 31 décembre 2022, en raison d'un motif inhérent à la personne de l'appelant, à savoir son licenciement avec préavis pour absentéisme chronique.

Elle demande la confirmation du jugement entrepris, sauf en ce qu'elle a été déboutée de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure.

Elle sollicite des indemnités de procédure de 2.000 euros pour la première instance – en interjetant implicitement appel incident sur ce point – et de 5.000 euros pour l'instance d'appel.

Appréciation de la Cour

L'appel interjeté le 11 mai 2022 par PERSONNE1.) contre le jugement du 21 mars 2022, lui notifié le 2 avril 2022, est recevable pour avoir été introduit dans les délai et forme de la loi.

Il en est de même de l'appel incident portant sur le rejet, en première instance, de l'indemnité de procédure.

A noter que, dans le cadre d'une fusion transfrontalière comportant transmission universelle de patrimoine, la société de droit allemand SOCIETE1.) AG a repris l'ensemble des droits et obligations de la société anonyme SOCIETE2.).

La perte d'un avantage en nature

Par courrier du 26 mars 2018, la société anonyme SOCIETE2.) a mis à disposition de PERSONNE1.) une voiture de fonction et autorisé son utilisation à des fins privées.

Celui-ci est de la teneur suivante : « *aufgrund der erforderlichen Präsenz (...) autorisieren wir hiermit bis zum Verkauf des Firmenfahrzeugs mit dem amtlichen Kennzeichen NUMERO0.) durch SOCIETE3.) S.A. für Sie eine Nutzung als Funktionsfahrzeug. Der damit verbundene steuerliche Vorteil geht zu Ihren Lasten und wird im Rahmen der Gehaltsabrechnung berücksichtigt. Aufgrund der v.g. steuerrechtlichen Gegenbenheiten in Luxemburg ist eine private Nutzung des Fahrzeugs bis auf weiteres eingeschlossen. Die Regelung gilt vorbehaltlich einer zwischenzeitlichen Veräußerung des Fahrzeugs zunächst längstens bis 31.07.2018. Die Sonderregelung ist eine freiwillige Maßnahme des Arbeitgebers, es besteht kein Anspruch auf Verlängerung der Regelung oder Bereitstellung eines Fahrzeugs nach Verkauf des Fahrzeugs und es kann hieraus auch kein Anspruch auf Geltendmachung eines Funktionsfahrzeugs oder einen Dienstwagen abgeleitet werden. (...)* ».

Le tribunal du travail a constaté à bon droit qu'il résulte expressément de cette lettre que la mise à disposition :

- est limitée dans le temps jusqu'au 31 juillet 2018 au plus tard ;
- est purement volontaire de la part de l'employeur ;

- ne fait pas naître dans le chef du salarié un quelconque droit à une mise à disposition d'un véhicule de service ou de fonction au-delà de la date limite.

Ce courrier a été contresigné par PERSONNE1.) et sa signature est par ailleurs précédée de la mention « *Einverstanden* ».

Par courrier du 5 juin 2018, la mise à disposition a été prolongée au-delà du 31 juillet 2018 jusqu'à nouvel ordre. Il indique expressément que cette prolongation intervient aux mêmes conditions que la mise à disposition initiale.

Au vu des termes clairs et non équivoques du courrier du 26 mars 2018, expressément acceptés par l'appelant, celui-ci est malvenu d'affirmer que cette mise à disposition d'une voiture constituerait un élément de son salaire intangible ; celle-ci est à qualifier d'avantage volontaire révocable accordé par l'employeur.

C'est partant à juste titre que PERSONNE1.) a été débouté en première instance de sa demande tendant au paiement d'arriérés de salaire à titre de compensation financière suite à la révocation du droit d'utiliser la voiture de fonction.

L'indemnité compensatoire pour jours de congé et de repos non pris

PERSONNE1.) réclame, comme en première instance, la somme de 7.077,09 euros à titre d'indemnité compensatoire pour 16,5 jours de congé et de repos non pris. Plus précisément, l'appelant affirme avoir droit à une telle indemnité à raison de 4 jours de congé non pris se rapportant à l'année 2017, de 7,5 jours de repos se rapportant à l'année 2018 et de 5 jours de congé non pris restants.

Le tribunal du travail a déclaré fondée sa demande relative à 5 jours de congé non pris se rapportant aux années 2018 et 2019, jusqu'à concurrence du montant de 2.059,47 euros.

Cette décision n'a pas fait l'objet d'un appel incident.

L'appelant de critiquer les juges de première instance à cet égard en faisant valoir que l'avantage en nature n'aurait pas été pris en considération dans le calcul du montant de l'indemnité accordée.

Se référant aux dispositions de l'article L.233-14 du Code du travail, selon lesquelles l'indemnité se calcule en fonction du « *salaire journalier moyen des trois mois précédant immédiatement l'entrée en jouissance du congé* », il estime avoir droit pour cette période au montant de 2.144,57 euros à titre d'indemnité compensatoire pour jours de congé non pris.

Dans la mesure où le bénéfice de la mise à disposition de la voiture de fonction n'est pas à considérer comme élément de salaire, conformément aux développements qui précèdent, et que la voiture a par ailleurs été restituée en décembre 2018, l'appel sur ce point est à rejeter comme non fondé.

Le contrat de travail conclu entre parties prévoit que le salarié a droit chaque année, en plus des jours de congé, à des jours de repos. Le régime juridique applicable aux jours de repos est le même que celui applicable aux jours de congé.

La Cour constate avec le tribunal du travail qu'il résulte d'une fiche de salaire non périodique du mois de septembre 2019 que l'appelant a obtenu le paiement du montant brut de 3.089,22 euros à titre de « *Sonderzahlung ; 7,5 Ruhe Tage* ».

L'appelant d'affirmer actuellement que ces 7,5 jours de repos auraient trait à l'année 2019 et non 2018.

L'intimée conclut que la partie appelante ne prouve pas « *que ces jours se réfèrent à l'année 2018* ».

La fiche de congé, datée du 28 mars 2018, versée en cause renseigne pour l'année 2018, 7,5 jours de repos (Rest Ruhetage 2018).

En cas de contestation sur le congé redû au salarié, la charge de la preuve incombe à l'employeur qui se prétend libéré.

L'intimée n'établit pas que l'appelant a pris en 2018 ses jours de repos respectivement qu'elle lui a payé une indemnité compensatoire de ce chef.

Si le paiement en cause du mois de septembre 2019 devait se référer, comme l'a admis le tribunal du travail, aux jours de repos de l'année 2018, toujours est-il qu'aucune indemnité n'a alors été payée pour l'année 2019.

Il ne saurait pas non plus être reproché à l'appelant de ne pas avoir pris les jours de repos auxquels il avait droit pour l'année 2018 entre mars et octobre

2018, donc avant son arrêt de travail pour cause de maladie, dès lors que le salarié ne pouvait prévoir qu'il allait se trouver en incapacité de travailler.

Comme l'a rappelé à juste titre la juridiction de première instance, le salarié malade ne perd pas son droit au congé annuel qu'il n'a pu prendre au courant de l'année de calendrier en raison de sa maladie et il peut le reporter jusqu'au 31 mars de l'année suivante, et même au-delà s'il a été, par suite de maladie, dans l'impossibilité de le prendre pendant la période de report.

PERSONNE1.) ayant été en incapacité de travail pendant une large partie de l'année 2018 et pendant toute la période de report (c'est-à-dire jusqu'au 31 mars 2019), il n'a pas pu prendre ses congés non plus après cette date dans la mesure où il a été licencié le 23 mai 2019 et dispensé de travail pendant toute la période de préavis de 4 mois.

Il suit des développements qui précèdent que la demande en paiement d'une indemnité compensatoire pour jours de repos non pris en 2018 est à déclarer fondée, par réformation de la décision entreprise.

La demande relative aux 4 jours de congé pour l'année 2017 a été rejetée par le tribunal du travail au motif qu'il « *ne dispose d'aucune explication ni d'aucun élément de nature à établir que le requérant aurait été dans l'impossibilité de prendre tous les jours de congé de l'année 2017 au cours de cette année (ou - le cas échéant - au cours de la période de report jusqu'au 31 mars 2018)* ».

Il résulte toutefois d'une autre demande de congé datée du 23 mars 2018, versée actuellement aux débats, que l'employeur a refusé le jour même au salarié de prendre les 4 jours de congé restants fin mars 2018 pour des raisons inhérentes à l'activité de l'entreprise (« *aus betriebsbedingten Gründen* ») tout en autorisant le report de ceux-ci au-delà du 31 mars 2018.

Comme développé ci-dessus, il ne saurait être fait grief à l'appelant de ne pas avoir pris lesdits jours avant son arrêt de travail pour raisons de santé.

Il s'ensuit que l'appelant peut également prétendre au paiement d'une indemnité correspondant à 4 jours de congé non pris en 2017.

L'indemnité se chiffre, conformément aux développements qui précèdent, au montant de $\{(8.907,21/173) \times [(7,5 + 4) \times 8] =\}$ 4.736,78 euros.

Il y lieu à condamner l'employeur au paiement de ce montant avec les intérêts légaux à compter du jour de la demande en justice, par réformation du jugement déféré.

Les demandes en lien avec le statut de cadre supérieur

Il est rappelé que l'article L.162-8 du Code du travail est libellé comme suit :

«

(1) Sont soumises aux dispositions d'une convention collective ou d'un accord subordonné toutes les personnes qui les ont signés personnellement ou par mandataire.

(2) Lorsqu'un employeur est lié par de tels conventions ou accords, il les applique à l'ensemble de son personnel visé par la convention ou l'accord en cause.

(3) Sauf disposition contraire de la convention collective ou de l'accord subordonné, les conditions de travail et de salaire des salariés ayant la qualité de cadres supérieurs ne sont pas réglementées par la convention collective ou l'accord subordonné conclus pour le personnel ayant le statut de salarié. Toutefois, les parties contractantes qualifiées au sens des dispositions qui précèdent peuvent décider de négocier une convention collective particulière pour les cadres supérieurs au sens des dispositions ci-dessus visées.

Sont considérés comme cadres supérieurs au sens du présent titre, les salariés disposant d'un salaire nettement plus élevé que celui des salariés couverts par la convention collective ou barémisés par un autre biais, tenant compte du temps nécessaire à l'accomplissement des fonctions, si ce salaire est la contrepartie de l'exercice d'un véritable pouvoir de direction effectif ou dont la nature des tâches comporte une autorité bien définie, une large indépendance dans l'organisation du travail et une large liberté des horaires du travail et notamment l'absence de contraintes dans les horaires.

La convention collective ou l'accord subordonné mentionnent les catégories de personnel non couvertes au sens de la présente disposition.

Sont nulles toutes les clauses d'une convention collective, d'un accord subordonné et d'un contrat de travail individuel prétendant soustraire aux effets de la convention collective ou de l'accord subordonné applicables des salariés qui ne remplissent pas l'ensemble des conditions fixées à l'alinéa 3 du présent paragraphe.

Par ailleurs, l'ensemble de la législation du travail, y compris en matière de durée de travail et d'heures supplémentaires est applicable aux salariés ne remplissant pas toutes les conditions fixées aux alinéas qui précèdent. »

Le deuxième alinéa du paragraphe (3) de cet article, déterminant les critères d'après lesquels un salarié se verra conférer le statut de cadre supérieur, est encore repris textuellement à l'article L.211-27, paragraphe (5), alinéa 2, du même code.

Il ressort de la lecture de ces dispositions que les critères prévus par ces articles s'appliquent de manière cumulative.

Un salarié est ainsi à considérer comme relevant du statut de cadre supérieur, lorsqu'il dispose, notamment, d'un salaire nettement plus élevé que celui prévu par la convention collective applicable pour les autres salariés, d'un véritable pouvoir de direction effectif, d'une large indépendance dans l'organisation du travail et d'une large liberté des horaires de travail, dont l'absence de contraintes dans les horaires.

La prescription

L'intimée invoque en instance d'appel la prescription de toute revendication financière relative à l'année 2016.

C'est à bon droit et pour des motifs que la Cour adopte, que le tribunal du travail a déclaré prescrites les demandes tendant au paiement d'une prime de conjoncture et d'une prime d'ancienneté pour l'année 2016.

Il en est de même de la demande en obtention d'une majoration de 20% de son salaire pour autant qu'elle se rapporte à l'année 2016, alors que la requête introductive d'instance a été introduite le 4 mai 2020, soit plus de trois années après l'échéance des salaires.

La demande principale en obtention d'arriérés de salaire

Il est constant en cause que PERSONNE1.) a été classé comme cadre supérieur avec effet au 1^{er} janvier 2016.

L'appelant estime avoir touché un salaire insuffisant pour pouvoir être considéré comme cadre supérieur. Il réclame en instance d'appel, à titre principal, avec effet au 1^{er} janvier 2016, le paiement d'une majoration de 20% de son salaire à partir de cette date, soit la somme de 40.629,80 euros.

Un salarié qui a été considéré à tort comme cadre, bénéficie de la réintégration dans la convention collective et peut faire valoir tous les avantages en découlant.

Il ne peut néanmoins pas prétendre à une majoration du salaire perçu en argumentant que celui-ci n'aurait pas été nettement supérieur à celui d'un salarié conventionné.

La demande principale en paiement d'arriérés de salaire est dès lors à rejeter.

La demande subsidiaire en obtention de primes de conjoncture et d'ancienneté

A titre subsidiaire, l'appelant conteste avoir eu la qualité de cadre supérieur et réclame les montants de 7.126,86 et 9.302,20 euros à titre de primes de conjoncture et d'ancienneté relatifs aux années 2016 à 2018.

Il échet d'analyser si l'appelant est à considérer comme cadre supérieur.

L'employeur a expressément notifié à l'appelant son nouveau statut de cadre par courrier du 14 janvier 2016.

Les bulletins de salaire depuis cette date comportent la mention que l'accomplissement d'heures supplémentaires éventuelles ne sera pas rémunéré, contrairement aux fiches de salaire antérieures.

Le « *compte individuel de rémunération en EURO 2016* » comporte encore la mention « *Classification : HC* ».

Au vu de ces éléments, la Cour retient que PERSONNE1.) a accepté son nouveau statut de cadre, à défaut d'avoir émis la moindre contestation à cet égard pendant plus de 4 ans, ce d'autant plus qu'il revendique à titre principal ce statut afin de réclamer une majoration de 20% de son salaire.

Il lui incombe dès lors d'établir qu'il exerce une fonction qui ne remplit pas les critères légalement prévus, donc qu'il ne disposait pas d'un véritable pouvoir de direction effectif, d'une indépendance dans son travail, d'une large liberté des horaires de travail et d'une rémunération qui ne correspondait pas à celle d'un cadre supérieur.

- *La rémunération*

Pour l'année 2017, en tenant compte du revenu annuel renseigné par la fiche de salaire de décembre 2017 (96.617 euros), ainsi que de la prime « Jahresabschluss » perçue en juin 2018 au titre de l'année 2017 (7.690 euros), PERSONNE1.) a perçu une rémunération globale brute de 104.307 euros.

A compter du 1^{er} mai 2018, son salaire mensuel brut était de 7.690 euros.

En constatant qu'un salarié conventionné appartenant au groupe VI, seuil 2 (c'est-à-dire à celui le plus élevé) de la grille salariale de la convention collective applicable, aurait perçu pour cette même période, 12 mensualités de 6.470,09 euros (soit 77.641,10 euros), une prime de conjoncture de 3.563,43 euros, une prime d'ancienneté d'au moins (12 x 79,45=) 953,44 euros, ainsi qu'un treizième mois (6.549,45 euros), soit une rémunération totale brute de 88.707,42 euros, le tribunal du travail a relevé correctement que pour l'année 2017, PERSONNE1.) a touché une rémunération supérieure de 17% à celle d'un salarié conventionné.

En effet, conformément aux termes de la loi, il y a lieu de prendre en considération comme base de comparaison la rémunération théorique touchée par un salarié couvert « *par la convention collective ou barémisés par un autre biais* » se trouvant au même niveau, et non la rémunération de l'employé en cause au moment où il accède au statut de cadre.

C'est dès lors à bon droit que la juridiction de première instance a considéré qu'une telle différence de salaire était suffisante pour constituer un salaire nettement plus élevé que celui des salariés couverts par la convention collective dont le salarié se prévaut.

Il s'ensuit que l'appelant n'a pas établi avoir bénéficié d'une rémunération qui n'était pas nettement supérieure à celle des salariés conventionnés.

Le jugement a quo n'a pas procédé à l'examen des autres critères légalement prévus, notant « *que la constatation de PERSONNE1.) se concentre sur le seul critère salarial* ».

En instance d'appel, PERSONNE1.) conteste cependant encore qu'il disposait d'un véritable pouvoir de direction effectif et d'une liberté des horaires de travail.

En conséquence, la vérification de l'existence ou non de ces critères déterminant le statut de cadre supérieur s'impose.

- *Le pouvoir de direction ou l'exercice de tâches comportant une autorité bien définie*

S'il est vrai que l'appelant n'a eu la direction du département des finances qu'avec effet au 1^{er} mai 2017, toujours est-il qu'un salarié peut être considéré comme cadre supérieur sans qu'il dirige une équipe déterminée.

Le courrier du 14 janvier 2016 lui attribuant la qualité de cadre fait mention d'un élargissement des compétences et responsabilités du salarié.

L'appelant reste en défaut d'établir le contraire.

Faute d'éléments probants contraires, la Cour retient dès lors que PERSONNE1.) exerçait, au moins depuis mai 2017, un pouvoir de direction et exerçait au sein de son département des tâches comportant une autorité bien définie.

- *La liberté des horaires de travail*

L'appelant, afin de justifier une absence de liberté des horaires de travail, se prévaut des stipulations du contrat de travail prévoyant un temps de travail hebdomadaire de 40 heures, respectivement de celles de l'avenant à ce contrat définissant une journée d'absence (« *Abwesenheitstag* ») et imposant, selon lui, une présence continue au bureau.

Le fait de prévoir une durée hebdomadaire du travail n'exclut pas une flexibilité dans les horaires de travail.

Contrairement à l'argumentaire du salarié, l'avenant du 15 novembre 2017 ne prescrit pas une présence de l'appelant au bureau.

Il s'ensuit que l'appelant n'a pas démontré une absence dans son chef d'une liberté des horaires de travail.

Il y a dès lieu de retenir que PERSONNE1.) disposait du statut de cadre supérieur à compter du 1^{er} janvier 2016.

Force est de constater que l'article 1^{er} de la convention collective en cause exclut expressément de son champ d'application les cadres supérieurs visés par l'article L.162-8 du Code du travail.

En conséquence, c'est à juste titre que la demande subsidiaire de l'appelant, basée sur la prémisse qu'il était à considérer comme salarié soumis à la convention collective, en obtention de primes de conjoncture et d'ancienneté a été rejetée.

L'augmentation de salaire à hauteur d'un pour cent à partir du mois de juin 2018

Il résulte certes d'un courriel du 4 juin 2018 adressé par le *managing director* de l'époque de l'intimée à la société comptable de celle-ci que l'appelant devait bénéficier d'une augmentation d'un 1% de son salaire mensuel brut (« *Für folgende AT-Mitarbeiter soll eine lineare Erhöhung von 1% des Bruttomonatsgehältes ab Juni 2018 zum Zuge kommen* », suivent trois noms, dont celui du requérant).

Il ne ressort d'aucune pièce du dossier que cette intention de l'employeur ait été portée à la connaissance des salariés concernés.

Dans la mesure où le 14 juin 2018, soit seulement 10 jours plus tard, un avenant au contrat de travail entre parties a été conclu prévoyant, entre autres, une augmentation du salaire de 1.000 euros, rétroactivement au 1^{er} mai 2018, la Cour retient, à l'instar des juges de première instance, que, dans l'intention des parties, cette augmentation vient en lieu et place de la hausse du salaire d'un pour cent envisagée quelques jours plus tôt.

Il y a partant lieu de confirmer le jugement déféré en ce qu'il a débouté PERSONNE1.) de sa demande en paiement de la somme de 1.457,62 euros à titre d'arriérés de salaire en raison d'une hausse de salaire de 1% convenue entre parties.

Le bonus exceptionnel

L'avenant au contrat de travail du 15 novembre 2017, suivant lequel l'appelant fait partie d'un groupe de salariés censés assurer le bon fonctionnement de l'entreprise pendant la période de liquidation de son activité commerciale, appelée « *run-off Phase* », lui ouvre droit, sous certaines conditions, au paiement d'un bonus exceptionnel payable à la fin de la période dite de rétention se terminant le 31 décembre 2022.

L'article 3.2, point 2, de cet avenant prévoit cependant que le droit au paiement de ce bonus exceptionnel devient caduc en cas de licenciement pour faute grave ou pour motif inhérent à la personne du salarié avant la fin de la période

de rétention (« *falls dem Arbeitnehmer gegenüber vor Ende der Retentionsperiode eine arbeitgeberseitige Kündigung aus schwerwiegenden Gründen (ohne Kündigungsfrist) oder aus personenbezogenen Gründen (mit Kündigungsfrist) ausgesprochen wird* »).

Il est constant en cause que PERSONNE1.) a été au service de la société anonyme SOCIETE2.) du 1^{er} septembre 2011 au 30 septembre 2019, date à laquelle la relation de travail entre parties a pris fin à la suite de son licenciement avec préavis en date du 23 mai 2019.

Il ressort de la lettre de motivation du licenciement que le contrat de travail a été résilié par l'employeur en raison de l'absentéisme chronique du salarié, notamment pour absence ininterrompu pour cause de maladie à compter du 31 octobre 2018.

L'appelant n'a pas exercé d'action judiciaire en vue de faire constater le caractère abusif de la résiliation de son contrat de travail et d'obtenir une indemnisation de ce chef.

Il est dès lors malvenu de contester, de manière incidente dans une autre instance, les motifs de son licenciement.

L'appelant, qui ne conteste pas les absences en soi, ne prouve par ailleurs pas que le licenciement repose, en fait, sur une autre cause, étant précisé qu'une d'absence d'un salarié pendant une très longue période fait présumer une perturbation dans le fonctionnement du service auquel il était affecté et peut constituer un motif justifié de licenciement.

Si, comme le retient à bon droit le tribunal du travail, l'absence pour cause de maladie ne constitue pas une faute dans le chef de l'appelant, il n'en demeure pas moins un motif inhérent à sa personne, par opposition à un motif d'ordre économique sans lien avec la personne du salarié licencié.

La juridiction de première instance est dès lors à confirmer en ce qu'elle a débouté PERSONNE1.) de sa demande en paiement d'un bonus exceptionnel, en application de l'avenant du 15 novembre 2017.

Les demandes en obtention d'indemnités de procédure et les frais

Eu égard à l'issue du litige, il y a lieu de débouter les parties de leurs demandes respectives en paiement d'indemnités de procédure, tant pour la première

instance, par confirmation du jugement déféré, que pour l'instance d'appel, la condition d'iniquité posée par l'article 240 du Nouveau code de procédure civile n'étant établie dans le chef d'aucune des parties.

Pour le même motif, il échet de faire masse des frais et dépens relatifs à l'instance d'appel et de les imposer pour $\frac{3}{4}$ à l'appelant et $\frac{1}{4}$ à l'intimée.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, troisième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement,

déclare les appels principal et incident recevables,

dit non fondé l'appel incident et en déboute,

dit partiellement fondé l'appel principal,

par réformation,

dit fondée la demande en obtention d'une indemnité compensatoire pour jours de congé et de repos non pris pour le montant supplémentaire de 4.736,78 euros,

partant condamne la société de droit allemand SOCIETE1.) AG à payer à PERSONNE1.) la somme de 4.736,78 euros, avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice – 4 mai 2020 – jusqu'à solde,

confirme le jugement déféré pour le surplus,

dit non fondées les demandes des parties en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel et en déboute,

fait masse des frais et dépens de l'instance d'appel et les impose pour $\frac{1}{4}$ à la société de droit allemand SOCIETE1.) AG et pour $\frac{3}{4}$ à PERSONNE1.), avec distraction au profit de la société en commandite simple ALLEN OVERY SHEARMAN STERLING, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président de chambre Alain THORN, en présence du greffier Isabelle HIPPERT.