Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du dix-huit novembre deux mille dix

Numéro 34016 du rôle.

Composition:

Monique BETZ, président de chambre;
Astrid MAAS, conseiller;
Roger LINDEN, conseiller;
Paul WAGNER, greffier;

Entre:

A, demeurant à L-,

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 3 juillet 2008,

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

et:

la société à responsabilité limitée B (LUXEMBOURG) s.à r.l., établie et ayant son siège social à L-, représentée par son gérant actuellement en fonctions,

intimée aux fins du prédit exploit THILL,

comparant par Maître Victor ELVINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Par requête déposée en date du 1ier août 2007, A a fait convoquer son ancien employeur la société à responsabilité limitée B Luxembourg devant le tribunal du travail de Luxembourg pour s'y entendre dire que le facteur de conversion à appliquer pour la conversion de la rente mensuelle en capital est de 185,8789 mois et non pas de 166,1451723 mois ainsi que pour voir dire que le salaire de référence dont il devra être tenu compte pour le calcul de sa pension complémentaire est de 14.582,50 € et non pas de 13.299,66 € et partant s'entendre condamner à lui payer un montant de 176.040,20 € à titre de solde de pension complémentaire, sinon subsidiairement instituer une expertise afin de déterminer ses droits en terme de capital sinon en rente mensuelle en vertu de l'ancien plan de pension complémentaire en vigueur au moment de son départ en retraite légale, le 4 juin 2002.

Il a de même réclamé un montant de 48.636,40 € à titre de solde des intérêts de retard lui redus sur le montant total de sa pension complémentaire pour la période du 4 juin 2002 au 4 juin 2007, se réservant le droit de demander les intérêts de retard échus depuis le 4 juin 2007, ainsi qu'un montant de 25.000 € à titre de préjudice moral et financier, cette somme avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande jusqu'à solde et finalement une indemnité de procédure de 5.000 €.

B a demandé reconventionnellement le remboursement de 24.533,23 € à titre de trop-payé mais pour le cas seulement où le tribunal devrait retenir que le nouveau plan de pension complémentaire n'aurait pu rétroagir au 1ier janvier 2000, l'ancien plan de pension devant dans ce cas s'appliquer purement et simplement avec les anciennes tables.

Par jugement du 23 mai 2008, le tribunal du travail a donné acte à B de sa demande reconventionnelle, s'est déclaré incompétent par rapport au volet de la demande de A ayant trait au facteur de conversion de la rente en capital, a rejeté la demande pour le surplus et a condamné A à payer à B une indemnité de procédure de 1.500 €.

Contre ce jugement, lui notifié le 26 mai 2008, A a régulièrement interjeté appel par exploit du 3 juillet 2008.

Il demande à la Cour, de dire, par réformation, que les juridictions du travail sont compétentes pour statuer sur le volet de la demande ayant trait au facteur de conversion de la rente en capital, dire que le plan de pension complémentaire applicable est celui en vigueur au moment de son départ en retraite en juin 2002 et de retenir ainsi un facteur de conversion de 181,829 mois (*par rapport à 185,8789 mois réclamés en première instanc*e), ainsi que de dire, par réformation, que le salaire de référence est de 14.582,53 € et partant condamner B à lui payer 158.107,52 € (*par rapport à 176.040,20 € réclamés en première instance)* à titre de solde de pension complémentaire, sinon instituer une expertise aux fins de déterminer ses droits en vertu de l'ancien plan de pension complémentaire.

Il demande de même, par réformation à la Cour, de condamner B à lui payer 47.432,26 € *(par rapport à 48.636,40 € réclamés en première instance)* à titre de solde des intérêts de retard sous réserve des intérêts à échoir à partir du 4 juin 2008 ainsi que 25.000 € à titre de préjudice moral et financier.

En ordre subsidiaire, mais uniquement en cas de confirmation du jugement entrepris, il demande à la Cour de condamner B à lui payer 2.144,15 € à titre de solde des intérêts de retard de 5% sur le montant payé par B mais non accepté par lui, demandant finalement une indemnité de procédure de 1.500 € pour l'instance d'appel.

B conclut à la confirmation du jugement entrepris en ce que le tribunal du travail s'est déclaré incompétent pour statuer sur la demande relative au facteur de conversion de la rente en capital, demandant en ordre subsidiaire à la Cour de dire que c'est à bon droit que le nouveau plan de pension complémentaire a été appliqué et en ordre plus subsidiaire, au cas où la Cour devrait décider que l'ancien plan de pension complémentaire est applicable, lui donner acte de sa demande reconventionnelle et condamner A à lui payer 24.533,23 €, demandant encore acte que le montant réclamé par A est en tout état de cause contesté.

En ce qui concerne les volets de la demande relatifs au salaire de référence, les intérêts de retard et les dommages et intérêts, B conclut à la confirmation pure et simple du jugement entrepris formulant à toutes fins utiles une offre de preuve par témoins par rapport au salaire de référence et demande le rejet de la demande de A en allocation d'une indemnité de procédure réclamant à son tour une indemnité de procédure de 5.000 € pour l'instance d'appel.

A, né le 4 juin 1942, a été engagé suivant contrat de travail du 1ier décembre 1966 en tant qu'ingénieur par B.

Suivant convention conclue en accord avec le Ministre du Travail en date du 16 octobre 1998, B a été autorisé à admettre une partie de son personnel à la préretraite-ajustement.

A faisant partie des salariés pouvant bénéficier de cette mesure, il a signé en date du 11 décembre 1998 avec B une convention de préretraite « *Vorruhestandsabkommen »* prenant effet le 1ier juillet 1999.

Ayant atteint l'âge de la retraite légale en date du 4 juin 2002, il a demandé de pouvoir rentrer dans le bénéfice de la pension complémentaire instituée par B au profit de ses salariés étant précisé qu'il a opté pour le paiement de la pension complémentaire sous forme de capital.

<u>Le facteur de conversion pour le calcul de la pension complémentaire</u>

B disposait d'un plan de pension complémentaire entré en vigueur le 1ier février 1971 et modifié pour la dernière fois le 1ier novembre 1992.

Le 1ier janvier 2000 est entrée en vigueur la loi du 8 juin 1999 relative aux régimes complémentaires de pension qui, en son article 50 (1) , dispose que les entreprises avaient deux années pour se mettre en conformité avec les dispositions de la loi avec effet à la date de son entrée en vigueur, sauf prorogation pour une durée maximale de deux ans, soit générale, soit par secteur d'activités, à prévoir par règlement grand-ducal, la loi disposant encore en son article 56 (2) qu'elle s'appliquait tant aux régimes complémentaires de pension mis en place après son entrée en vigueur qu'aux régimes complémentaires de pension mis en place avant son entrée en vigueur lorsque le versement d'une rente ou d'un capital est effectué après son entrée en vigueur.

B a ainsi élaboré un nouveau plan de pension complémentaire, une première version ayant été soumise à la délégation du personnel au mois de mars 2004, le plan ayant été définitivement approuvé par l'Inspection Générale de la Sécurité Sociale en date du 8 décembre 2005 et déclaré applicable avec effet rétroactif au 1ier janvier 2000, l'Inspection Générale de la Sécurité Sociale étant, selon les articles 29 et 30 de la loi du 8 juin 1999 relative aux régimes complémentaires de pension, l'autorité compétente pour l'enregistrement des régimes complémentaires de pension, pour la vérification de la conformité juridique du régime complémentaire de pension, du règlement de pension et du plan de financement avec les dispositions de la loi en question ainsi que pour la vérification actuarielle des régimes complémentaires de pension.

Le facteur de conversion de la rente mensuelle de A en capital appliqué par B de 166,1451723 mois a été calculé sur base du nouveau plan de pension complémentaire et en application du règlement grand-ducal du 15 janvier 2001, pris en exécution de la loi du 8 juin 1999 et arrêtant en fonction des bases démométriques plus amplement définies en son article 2 des tables de mortalité en y appliquant un taux technique de 5 %.

A s'oppose à voir appliquer le nouveau plan de pension complémentaire au calcul du capital devant lui revenir insistant sur l'application de l'ancien plan qui aurait encore été en vigueur au moment où sont nés ses droits au paiement de sa pension complémentaire soit le 4 juin 2002.

Or, selon l'ancien plan, le facteur de conversion aurait été calculé en tenant compte de l'âge réel du « *survivor »,* ce qui dans son cas aurait toute son importance vu que son épouse, née le 17 février 1957, serait de 14 ans et 9 mois plus jeune que lui de sorte qu'il pourrait prétendre à l'application d'un facteur de conversion de 185,8789 mois.

Il donne à considérer que le nouveau plan de pension complémentaire n'a été soumis à enregistrement auprès de l'Inspection Générale de la Sécurité Sociale qu'en date du 28 novembre 2005 c'est-à-dire à un moment où ses droits par rapport à la pension complémentaire auraient dû être liquidés de longue date ajoutant qu'au moment où le nouveau plan a été enregistré par l'Inspection Générale de la Sécurité Sociale, soit le 8 décembre 2005, ses relations de travail avec B avaient déjà cessé depuis plus de trois ans alors qu'il est entré dans le bénéfice de la retraite légale le 4 juin 2002.

Il est d'avis que l'application rétroactive d'un plan de pension ne saurait valoir que pour le personnel qui est encore, au moment de son enregistrement et de son approbation par l'Inspection Générale de la Sécurité Sociale, au service de l'employeur.

Selon lui, l'applicabilité d'un plan de pension complémentaire ne saurait dépendre du choix de l'employeur par rapport au moment où il exécute son obligation de régler une rente ou un capital sur base d'un régime complémentaire de pension.

Seul devrait compter le moment où la pension complémentaire deviendrait exigible soit le moment de la cessation des relations de travail, en l'occurrence le 4 juin 2002, et il réclame ainsi l'application du facteur de conversion en vigueur à cette date et non celui institué rétroactivement au 1ier janvier 2000 par le nouveau plan.

La question qui se pose n'est pas, tel que l'ont à tort retenu les premiers juges, une question de compétence des juridictions du travail pour se prononcer sur la légalité de la décision d'approbation avec effet rétroactif par l'Inspection Générale de la Sécurité Sociale du nouveau plan de pension complémentaire, mais celle de déterminer, au vu des textes en vigueur, le plan applicable, ancien plan ou nouveau plan, pour calculer les droits à pension complémentaire de A.

Or, la loi du 8 juin 1999 relative aux régimes complémentaires de pension, entrée en vigueur le 1ier janvier 2000, fournit elle-même la réponse à cette question dans la mesure où elle dispose en son article 50 (1) *Mise en conformité :*

« *Au moment de l'entrée en vigueur de la loi, les entreprises disposent de deux années pour* ***se mettre en conformité avec les dispositions de la loi avec effet à la date de son entrée en vigueur… »*** et que conformément aux paragraphes (1) et (2) de son article 56 « *elle s'applique aux régimes complémentaires de pension mis en place après rentrée en vigueur de la présente loi »* et « ***s'applique également aux régimes complémentaires de pension mis en place avant rentrée en vigueur de la présente loi lorsque le versement d'une rente ou d'un capital est effectué après son entrée en vigueur. »***

Le versement de la pension complémentaire de A étant due après l'entrée en vigueur de la loi du 8 juin 1999, c'est dès lors à bon droit que B a appliqué, pour le calcul de la pension complémentaire, son nouveau plan de pension complémentaire qui a précisément été élaboré pour se conformer aux exigences de la loi du 8 juin 1999, la loi disposant expressément que la mise en conformité devait se faire avec effet à la date de son entrée en vigueur, soit au 1ier janvier 2000.

Pour être complet et dans la mesure où A soutient qu'il a été porté atteinte à ses droits acquis, il n'est pas sans importance de signaler qu'au moment où B a

soumis son nouveau plan à l'Inspection Générale de la Sécurité Sociale, celle-ci a émis certaines réserves par rapport notamment à sa conformité avec l'article 6 (4) de la loi du 8 juin 1999 aux termes duquel : « *toute modification ou abrogation n'a d'effet que pour l'avenir »* constatant que B entendait rendre applicable ce nouveau régime rétroactivement à toutes les personnes en activité de service au 1ier janvier 2000 et donc aussi à celles ayant entretemps quitté l'entreprise alors que la signature du nouveau régime n'aura lieu qu'en 2005, donnant notamment à considérer que le nouveau plan ne lui permettait pas de savoir de façon univoque si le niveau des droits acquis antérieurement à la mise en vigueur du nouveau règlement était maintenu par la suite.

Afin de garantir que le paragraphe (4) de l'article 6 de la loi du 8 juin 1999 soit pleinement observé l'Inspection Générale de la Sécurité Sociale a ainsi invité B à lui soumettre les deux calculs, soit le calcul suivant les dispositions de l'ancien régime et le calcul suivant celles du nouveau régime, afin de prouver que les droits acquis des salariés n'ont pas été réduits rétroactivement et que ceux-ci n'étaient pas lésés par l'entrée en vigueur rétroactive du nouveau plan, à savoir :

- un calcul avec les dispositions du régime en vigueur avant le 1ier janvier 2000.

- un calcul avec les dispositions du nouveau régime.

ces deux calculs devant permettre de constater si :

- les droits acquis des personnes parties à la retraite entre 2000 et 2005 n'ont pas été réduits globalement.

- les droits acquis des personnes quittant après 2005 l'entreprise ne sont pas réduits pour la partie qui relève des années antérieures à 2005.

Ce n'est qu'après cette vérification que l'Inspection Générale de la Sécurité Sociale a approuvé le nouveau plan et l'a déclaré applicable rétroactivement au 1ier janvier 2000.

Il convient finalement de constater qu'au moment où A a atteint l'âge légal de la retraite, soit le 4 juin 2002, le nouveau plan de pension complémentaire était en pleine élaboration ce qu'il n'ignorait pas et ce qui explique les raisons pour lesquelles ses droits n'ont pas été liquidés à cette date mais seulement postérieurement à l'approbation, le 8 décembre 2005, du nouveau plan de pension complémentaire, LE FOYER VIE, chargé par B de la gestion et/ou de la liquidation définitive des droits à pension complémentaire sous forme de capital ou rente mensuelle dans le cadre légal et fiscal en vigueur, l'ayant contacté à ces fins dès le 20 décembre 2005.

La Cour de préciser que A a néanmoins touché dès le 22 août 2002, soit moins de 3 mois après la date à partir de laquelle il pouvait prétendre au paiement de la pension complémentaire une avance substantielle de 511.500 € sur un montant total reconnu par la suite par B de 657.028,25 €, des avances

supplémentaires de 93.452, 99 € et 9.508,85 € ayant été payées le 24 janvier 2003, le solde restant de 42.566,41 € en date du 31 octobre 2006.

Le salaire de référence à prendre en considération pour le calcul de la pension complémentaire

A reproche à B de ne pas avoir tenu compte, pour le calcul de la pension complémentaire, de la compensation variable et d'avoir ainsi retenu un salaire de référence de 13.299,66 € alors pourtant que suivant le « *Early Retirement Programm 1999-2000 »* le salaire de référence aurait été fixé par B à 588.258 Flux soit 14.582,53 €.

Il base son argumentation sur l'article 2.2.2. du « *Vorruhestandsabkommen »* qu'il a signé le 11 décembre 1998 avec B aux termes duquel :

" *Zusatzpensionsrechte falls gegeben, werden weitergeführt mit dem* ***letzten Referenzgehalt*** *vor Eintritt in den Vorruhestand bis zum Ende des Vorruhestandsperiode »*

Or selon le libellé de l'article 2.2.1. de la même convention :

« *Denjenigen Mitarbeitern, welche ihre Rechte auf den* ***Vorruhestand*** *geltend machen …gewährt die Firma folgende* ***gegenüber dem Gesetz vorteilhafte Leistungen*** *:*

*Das Bruttoeinkommen (****Referenzgehalt****) wird festgelegt, gemäss der Bestimmungen von Artikel 17 des Gesetzes vom 24. Dezember 1990 über den Vorruhestand.*

Inbegriffen in der Bruttoentschädigung *für den Vorruhestand sind die Zuschläge für Nachtarbeit, Sonntagsarbeit und für die gesetzliche und übliche Feiertage, sowie ein Zwölftel des 13. Monatsgehaltes, des Urlaubsgeldes und der* ***letzten variablen Kompensation*** *(BBE…). Die Entschädigungen für Überstunden sind von der Berechnung ausgeschlossen."*

Il en déduit que le terme de "*Referenzgehalt*" visé par l'article 2.2.2. du « *Vorruhestandsabkommen »* correspond quant à sa composition au « *Referenzgehalt* » de l'article 2.2.1 alinéa 3 et inclut nécessairement la compensation variable.

Il fait valoir qu'il aurait été d'accord à partir en préretraite sur base d'une offre attractive se référant à la lettre que lui a adressée B en date du 22 octobre 1998 dans laquelle il est dit :

« Die Firma hat mit der Regierung vereinbart eine Konvention über Vorruhestand (Préretraite-Ajustement) zu unterzeichnen. Diese Konvention erlaubt allen Mitarbeitern, welche zwischen dem 1. Januar 1999 und dem 31. Dezember 2000 die gesetzlichen Bedingungen erfüllen, in den Vorruhestand zu treten. »

et plus particulièrement :

« ***Über die vom Gesetz vorgesehenen Leistungen hinaus*** *möchte die Firma diesen Mitarbeitern, die in den Vorruhestand treten wollen****, besondere Bedingungen gewähren****. Diese werden zusammen mit den einzelnen Aspekten des Vorruhestandes im Anhang beschrieben »* étant précisé que par "*Anhang*" il faut comprendre le « *Vorruhestandsabkommen* » contenant en ses articles 2.2.1. et 2.2.2. le terme de « *Referenzgehalt* ».

Il déduit de cette déclaration d'intention par rapport aux « *besondere Bedingungen* » que B aurait entendu inclure dans le « *Referenzgehalt* » servant de base au calcul de la pension complémentaire la compensation variable ajoutant que ceci constituerait une exception par rapport au plan de pension complémentaire en vigueur au moment de son départ et n'aurait concerné qu'un certain nombre de personnes auxquelles B aurait demandé de partir en préretraite-ajustement.

B conteste que le *« Referenzgehalt* » visé à l'article 2.2.2. de la convention de préretraite comprenne la compensation variable soutenant que A ferait une confusion entre le salaire de référence applicable pour le calcul de l'indemnité de préretraite et le salaire de référence applicable pour le calcul de la pension complémentaire donnant à considérer qu'il s'agirait de deux « *salaires de référence* » différents, le premier, celui de la préretraite incluant la compensation variable tandis que le second, celui de la pension complémentaire, l'exclurait.

B relève correctement que l'interprétation que voudrait faire A de la notion de « *Referenzgehalt* » visé à l'article 2.2.2. de la convention de préretraite est contraire à la définition du salaire de référence se trouvant à la base du calcul des droits à la pension complémentaire, définition figurant à l'article 1.16 du plan de pension complémentaire en vigueur au moment de la signature du « *Vorruhestandsabkommen* » en décembre 1998 selon laquelle : « ***Normal Monthly Pay*** *includes vacation allowance, shift allowance and pro rata portion of 13th month but* ***excludes lump sum awards and other gratuities »*** définition d'ailleurs reprise en des termes plus clairs encore dans l'article 1.15. de son nouveau plan de pension complémentaire dans lequel il est stipulé :

« Normal Monthly Pay shall mean the Participant's regular monthly gross pay (before payroll deductions) based on his regular working schedule paid by the Company. ***Normal Monthly Pay*** *includes pro rata portion of vacation allowance, shift allowance using a flat rate based on the shift schedule (4-shift system 25,5%) and pro rata portion of 13th month pay but* ***excludes*** *lump sum awards, overtime payments,* ***variable compensation*** *and other gratuities not listed above. »*

Il résulte desdits articles que la compensation variable est expressément exclue du salaire de référence sur base duquel sont calculés les droits à la pension complémentaire.

Selon B il n'aurait jamais été dans ses intentions de traiter les salariés touchés par la préretraite-ajustement de façon plus favorable au niveau de la pension complémentaire que les autres salariés.

Mais il n'aurait pas non plus été dans ses intentions de les traiter de façon plus défavorable au niveau de leur pension complémentaire que les autres salariés.

Contrairement à la juridiction du premier degré, la Cour considère que la formulation de l'article 2.2.2. du « *Vorruhestandsabkommen* » n'est pas matière à interprétation alors qu'il suffit, pour déterminer le contenu du « *Referenzgehalt »* y visé, de se référer au calcul de la pension complémentaire tel qu'il résulte de l'article 1.19 du plan de pension complémentaire en vigueur à l'époque (actuellement article 1.18 du nouveau plan) qui prévoit ce qui suit :

« *Final Three-Year Pension-bearing Pay shall mean* ***average monthly Pension Bearing Pay during the final 36 months****, or actual number of months if less than 36, in which Normal Monthly Pay was received. For purposes of determining this average only, Pension Bearing Pay applicable to each month of paid Leave of Absence shall be calculated in accordance with section 1.18, but the monthly pay basis shall be no less than the monthly pay received in the last full month preceding such leave of Absence ."*

Or, le salaire - plus correctement l'indemnité de préretraite - touché pendant les 36 derniers mois est, en cas de préretraite, beaucoup moins élevé que le salaire normal, le salarié ne touchant selon le "*Early Retirement Program 1999-2000"* plus que 90 % de son salaire durant la première année, 85% durant la seconde année et 80% durant la troisième année, les dispositions de B étant d'ailleurs en cela plus favorable que le régime légal de la loi du 24 décembre 1990 sur la préretraite, la loi fixant en son article 17 des pourcentages dégressifs de 85 %, 80% et 75%.

Tenir compte, pour le calcul de la pension complémentaire des salariés bénéficiant de la préretraite, du salaire/indemnité de préretraite des 36 derniers mois les placerait dans une situation nettement plus défavorable que leurs collègues de travail qui continuent de travailler et de toucher leur salaire intégral tandis que les préretraités touchent dés le moment de leur entrée en préretraite un salaire progressivement amoindri de sorte que la moyenne des 36 derniers mois ne correspondrait pour les préretraités plus qu'à 90 %, 85% et 80% de leur salaire qui aurait normalement servi de base de calcul pour la pension complémentaire.

Au vu des dispositions tant conventionnelles que légales précitées, la Cour ne peut que suivre les explications de B selon lesquelles l'insertion de l'article 2.2.2. dans la convention de préretraite avait pour seul but de permettre qu'il soit tenu compte pour le calcul de la pension complémentaire des salariés bénéficiant de la préretraite-ajustement du « *letzten Referenzgehalt* ***VOR*** *Eintritt in den Vorruhestand"* soit d'un « *Normal Monthly Pay »* payé avant leur entrée en préretraite et non pas des indemnités de préretraite des 36 derniers mois avec leurs diminutions progressives.

Ceci se confirme d'ailleurs à la lecture du nouveau plan de pension approuvé par l'Inspection Générale de la Sécurité Sociale, l'article 1.19 de l'ancien plan de pension complémentaire :

« *Final Three-Year Pension-bearing Pay shall mean average monthly Pension Bearing Pay during the final 36 months, or actual number of months if less than 36 ; in which Normal Monthly Pay was received. For purposes of determining this average only, Pension Bearing Pay applicable to each month of paid Leave of Absence shall be calculated in accordance with section 1.18, but the monthly pay basis shall be no less than the monthly pay received in the last full month preceding such leave of Absence .”*

ayant été complété dans le nouveau plan de pension complémentaire comme suit (l'actuel article 1.18) comme suit:

“For purposes of determining this average only, Pension Bearing Pay applicable during 36 months ***before entering pre-retirement*** *(préretraite) shall be used to calculate the above average monthly pension bearing pay in case in case the Participant will enter into pre-retirement according to law on pre-retirement of 24 December 1990”.*

Si l'adjonction de cette clause constitue donc incontestablement une « *über die vom Gesetz vorgesehenen Leistungen hinaus…besondere Bedingungen »* elle ne saurait cependant légitimement entraîner qu'il doive en outre être tenu compte de la compensation variable, celle-ci étant expressément exclue dudit calcul par les articles 1.16 respectivement 1.15 des plans de pension complémentaire successifs de B.

Le sens de la notion de *« Referenzgehalt »* de l'article 2.2.2. se dégageant ainsi à suffisance à la lecture des dispositions tant conventionnelles que légales applicables, il est superfétatoire de passer encore par des mesures d'instruction.

Pour être complet et pour répondre à l'argument de A selon lequel la société B aurait elle-même fixé le salaire de référence à 588.258 Flux soit 14.582,53 €, la Cour relève que le document auquel A se réfère est le « *Early Retirement Programm 1999-2000 »* qui, comme l'intitulé le dit, concerne exclusivement le programme de préretraite et détermine le salaire payable pendant la période de préretraite dans sa composition telle que fixée par l'article 2.2.1 du « *Vorruhestandsabkommen* » mais est totalement étranger à la matière de la pension complémentaire.

Il y a partant lieu, bien que pour d'autres motifs, de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a débouté A des volets de sa demande ayant trait au facteur de conversion et au salaire de référence.

<u>Les intérêts de retard</u>

Au vu du fait que la demande principale de A en paiement d'un solde de 176.040,20 € ramené pour des raisons non autrement précisées à 158.107,52 €

dans l'acte d'appel a été rejetée, aucun intérêt de retard sur ledit montant ne saurait être dû de sorte que le premier jugement est à confirmer en ce qu'il rejeté la demande en paiement d'intérêts de retard.

Il y a par contre lieu de faire droit à la demande subsidiaire de A tendant, en cas de confirmation du jugement entrepris, au paiement d'un montant de 2.144,15 € à titre d'intérêts de retard sur le montant de 657.028,25 € qui lui a effectivement été alloué, le calcul par lui détaillé tant dans l'acte d'appel que dans ses conclusions du 3 juin 2009 ne laissant apparaître, contrairement à ce que le soutient B, aucune capitalisation des intérêts prohibée, sauf convention spéciale, par l'article 1153 du code civil.

Les dommages et intérêts

C'est à tort que A soutient à l'appui de cette demande qu'il attend depuis le 4 juin 2002 que B lui paie les montants qui lui sont légalement et conventionnellement dus et que 5 ans plus tard il n'aurait toujours pas obtenu satisfaction.

Si la Cour ne détient effectivement aucune pièce par rapport aux paiements qui ont été faits, il se dégage néanmoins des propres conclusions de A du 3 juin 2009 que celui-ci a touché dès le 22 août 2002, soit moins de 3 mois après la date à partir de laquelle il pouvait prétendre au paiement de la pension complémentaire une avance substantielle de 511.500 € sur un montant total reconnu par la suite par B de 657.028,25 € , des avances de 93.452, 99 € et 9.508,85 € ayant été payées le 24 janvier 2003, le solde restant de 42.566,41 € en date du 31 octobre 2006.

Comme sa demande en paiement d'un solde a été rejetée et qu'il a d'autre part pu disposer moins de 4 mois après la naissance de son droit à pension complémentaire de la majorité du montant lui revenant, il n'a subi ni préjudice matériel ni préjudice moral de sorte que le jugement de première instance est encore à confirmer sur ce point.

Les indemnités de procédure

Au vu de l'issue du litige, la demande de A tendant au paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est à rejeter, seule la partie obtenant gain de cause pouvant en bénéficier.

Il en est de même de la demande de la société B tendant aux mêmes fins, celle-ci restant en défaut de justifier en quoi il serait inéquitable que les frais non compris dans les dépens soient laissés à sa charge exclusive.

PAR CES MOTIFS:

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

reçoit l'appel en la forme ;

condamne la société à responsabilité limitée B (Luxembourg) à payer à A la somme de 2.144,15 € à titre d'intérêts de retard sur le montant de 657.028,25 € ;

pour le surplus :

confirme le jugement du tribunal du travail de Luxembourg du 23 mai 2008 ;

rejette les demandes respectives des parties tendant à l'allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

condamne A aux frais et dépens de l'instance d'appel.