

Arrêt N° 68/19 - VIII - Travail

Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du vingt-cinq avril deux mille dix-neuf

Numéro 45359 du rôle.

Composition:

Lotty PRUSSEN, président de chambre;
Monique HENTGEN, premier conseiller;
Jeanne GUILLAUME, premier conseiller;
Alain BERNARD, greffier.

Entre:

A.), demeurant à L(...),

appelant aux termes d'un acte d'appel de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 21 août 2017,

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

et:

la société anonyme SOC1.), établie et ayant son siège social à L(...), représentée par son conseil d'administration,

intimée aux fins du prédit acte SCHAAL,

comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, établie et ayant son siège social à L-2082 Luxembourg, 41A, J.F. Kenndey, représentée aux fins des présentes **par Maître Louis BERNIS,** avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Les avocats ont marqué leur accord à ce que le magistrat, chargé de faire le rapport, tienne seul l'audience pour entendre les plaidoiries.

Le magistrat rapporteur a indiqué la composition de la Cour d'appel et a fait son rapport oral. Il a rendu compte de l'audience à la Cour dans son délibéré.

A.), qui a été au service de la société de droit français SOC2.) depuis le 15 juillet 1998, a été engagé par la société de droit luxembourgeois SOC3.) par un contrat de travail signé le 20 décembre 2004, prenant effet au 1^{er} janvier 2004.

Le contrat de travail prévoyait qu'il partageait son occupation professionnelle entre ses deux employeurs français et luxembourgeois, qu'il consacrait 40 % de son temps annuel de travail à l'exécution des missions professionnelles découlant du contrat de travail luxembourgeois et qu'il était rémunéré sur une base forfaitaire annuelle correspondant à 40% de son temps de travail total presté pour le compte de l'employeur luxembourgeois.

Le 28 avril 2008 le contrat de travail a été transféré à la société SOC4.) S.A. laquelle a été radiée le 7 octobre 2010 suite à la fusion avec la société SOC1.) S.A., actuelle intimée, cette dernière reprenant tous les engagements de la société absorbée.

L'appelant a été licencié avec effet immédiat le 1^{er} février 2010 par son employeur français et il a été licencié avec préavis suivant courrier du 15 février 2010 par son employeur luxembourgeois.

Par requête du 7 avril 2011, A.) a demandé la convocation de son ancien employeur, la société SOC1.) S.A., à comparaître devant le tribunal du travail de Luxembourg aux fins de l'y entendre condamner à lui payer, suite au licenciement avec préavis qu'il demande à voir déclarer abusif, le montant de 1.131.025,- EUR au titre de son dommage matériel et le montant de 150.000,- EUR au titre de son dommage moral. En outre, il a requis la condamnation de la partie défenderesse à lui payer le montant de 234.452,- EUR au titre du bonus différé de l'année 2008 et le montant de 471.550,- EUR au titre du bonus de l'année 2009. Il a encore sollicité une indemnité de procédure de 3.500,- EUR.

A l'audience des plaidoiries, les débats ont été limités au seul volet de la demande en paiement du bonus pour les années 2008 et 2009.

Par jugement rendu le 13 juillet 2017, le tribunal du travail a dit non fondée la demande en paiement du bonus de l'année 2008 et de l'année 2009 et il a refixé la demande pour le surplus tout en réservant les frais.

Contre ce jugement, A.) a régulièrement interjeté appel par exploit d'huissier du 21 août 2017, demandant, par réformation, à voir condamner la société SOC1.) au paiement du montant de 237.060,- EUR au titre du reliquat de bonus pour l'année 2008 et du montant de 471.912,- EUR au titre du bonus de l'année 2009, soit la somme totale de 708.972,- EUR, sinon tout autre montant même supérieur à arbitrer par la Cour d'appel avec les intérêts légaux à partir de la

requête introductive d'instance jusqu'à solde. Il sollicite, en outre, une indemnité de procédure de 2.500,- EUR pour l'instance d'appel.

L'intimée conclut au rejet de l'appel et à la confirmation pure et simple du jugement du 13 juillet 2017. Dans ses conclusions du 17 août 2018 elle soulève l'irrecevabilité de la demande introduite par A.) en raison de l'incompétence *ratione materiae* des juridictions du travail, faute de contrat de travail entre l'appelant et la société SOC4.) S.A., voire la société SOC1.) S.A..

Elle demande à voir débouter A.) de sa demande en paiement d'une indemnité de procédure et sollicite pour sa part une indemnité de procédure de 2.500,- EUR pour l'instance d'appel.

Moyens des parties

L'appelant fait valoir que, malgré l'existence de deux contrats de travail et le « *salary split* » dont il bénéficiait, sa rémunération et surtout sa rémunération variable aurait toujours et exclusivement été fixée par la direction générale de la maison mère en France et ensuite payée à hauteur de 40% au Luxembourg par l'intimée.

Le contrat de travail luxembourgeois aurait uniquement été mis en place en vue d'une optimisation des charges patronales en matière de sécurité sociale, pour permettre au groupe SOC1.,2.,3.,4.) de bénéficier de l'avantage que représente la différence du coût des cotisations sociales au Luxembourg par rapport au coût en France et en réalité il n'aurait disposé d'aucun bureau à Luxembourg et n'y aurait passé que 4 à 6 jours par an. Ainsi, il aurait été un salarié quasiment exclusivement au service de l'entité française, occupant au sein du groupe une position qui le plaçait hiérarchiquement au-dessus du directeur général en charge des entités bancaires à Luxembourg, ce qui aurait eu pour effet que l'entité luxembourgeoise n'aurait jamais eu le moindre pouvoir d'appréciation ou de décision concernant sa rémunération. La décision quant à la rémunération globale due, avant le *splitting* de cette rémunération entre 60% payables en France et 40% payables au Luxembourg, aurait été prise souverainement en France et imposée telle quelle à l'entité luxembourgeoise.

En effet, il résulterait de l'agencement des contrats et du *reporting*, respectivement du lien hiérarchique existant entre l'appelant et son employeur à Paris, que l'employeur à Paris était le seul à pouvoir juger et apprécier tant les résultats de la société que la performance personnelle de l'appelant. Il renvoie à cet égard à un tableau établi par la direction des ressources humaines de SOC5.) fixant le total variable redû pour les années 2006, 2007 et 2008, ainsi qu'à une attestation testimoniale établie par B.), responsable des rémunérations et avantages sociaux au sein de la direction des ressources humaines de SOC5.) (pièces 7 et 12 de Maître ADAM).

L'appelant reproche à la juridiction de première instance d'avoir ignoré totalement le système de fixation des bonus tel qu'il se serait pratiqué à l'époque pour lui dans le groupe SOC1., 2., 3., 4.) et tel qu'il résulterait du tableau émanant de la direction des ressources humaines de la maison mère,

ainsi que de l'historique des paiements effectués au Luxembourg en 2006, 2007, 2008 et 2009, démontrant clairement que la partie variable du salaire était fixée globalement par la direction des ressources humaines de la maison mère à Paris et ensuite répartie sur l'entité française et l'entité luxembourgeoise. Cette dernière n'aurait dès lors eu aucune appréciation discrétionnaire sur le montant à payer.

Il renvoie, par ailleurs, à une décision de la Cour d'appel du 8 juin 2017 (rôle n° 42429), pour affirmer que les parties n'avaient pas conféré un caractère discrétionnaire de libéralité au bonus.

Il relève encore que, selon les termes du contrat de travail luxembourgeois, il ne s'agirait en aucun cas d'une simple gratification laissée à la complète discrétion de l'employeur, mais d'une rémunération variable due en fonction de plusieurs critères et à laquelle l'appelant aurait droit, à défaut de preuve par l'employeur que ces critères ne lui donnent pas ce droit.

Sur base d'une décision de la Cour d'appel de Paris du 5 décembre 2013, il serait fondé à réclamer le paiement du bonus différé pour l'année 2008 et du bonus de l'année 2009.

Pour justifier les montants réclamés il se réfère au tableau établi par le département des ressources humaines en France et reprenant son revenu variable pour les années 2006, 2007 et 2008. Il souligne que si la méthode de paiement du bonus et notamment de la répartition entre la partie *cash* immédiat et la partie différée sous différentes formes « KTIP EIP / KCIP » a varié d'une année à l'autre, le bonus total est resté relativement constant sur toutes ces années.

Quant au bonus pour l'année 2008, il soutient sur base du décompte établi par le département des ressources humaines en France que pour l'année 2008 le bonus global lui dû s'élevait au montant de 1.179.780,- EUR, dont 40% (soit 471.912,- EUR) à charge de l'intimée. Après déduction de l'avance payée en février 2009 de 234.452,- EUR, il réclame encore le reliquat de 237.060,- EUR.

Quant au bonus de l'année 2009, il se réfère à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 5 décembre 2013 pour justifier son droit au paiement de ce bonus, correspondant à 40% de 1.179.780,- EUR, soit 471.912,- EUR.

A titre subsidiaire, il demande à la Cour de retenir, sur base de l'article 4 du contrat de travail, qu'il a droit à une rémunération variable pour les années 2008 et 2009 et de nommer un expert calculateur afin de déterminer sur base des pièces versées les sommes exactes devant lui revenir à titre de reliquat de bonus pour l'année 2008 et de bonus pour l'année 2009.

L'intimée relève que toute l'argumentation de l'appelant vise à faire passer le contrat de travail qui liait l'appelant à la société SOC4.) comme une simulation et à dénier les éléments caractéristiques indispensables de toute relation de travail. Elle soulève dès lors l'irrecevabilité, faute de compétence *ratione materiae* de la juridiction saisie, de la demande introduite par A.) devant le

tribunal du travail, voire devant la Cour d'appel siégeant en matière de droit du travail.

A titre subsidiaire, elle fait plaider que, contrairement à l'argumentation de l'appelant, celui-ci était bien chargé de missions spécifiques propres pour compte de son employeur luxembourgeois et que c'est dans ce cadre que se serait exercé le pouvoir d'appréciation discrétionnaire de l'entité luxembourgeoise d'attribuer ou non, et le cas échéant à quelle hauteur, une rémunération variable/gratification à l'appelant.

L'intimée fait valoir qu'aux termes de l'article 3 du contrat de travail le versement d'une rémunération variable n'était pas obligatoire, mais que le paiement d'un éventuel bonus était laissé à la libre appréciation discrétionnaire de l'employeur en fonction de différents critères (activité et résultats de l'employeur et du métier ainsi que performance personnelle du salarié), de sorte qu'il ne s'agissait pas d'un droit acquis pour l'appelant, mais tout au plus d'un droit potentiel. La société SOC4.) aurait dès lors été en droit de ne pas fixer de montant et de ne pas allouer de bonus à A.) sans qu'il n'appartienne ni au salarié ni aux juridictions de substituer leur appréciation sur l'opportunité de fixer un montant de bonus à celle souveraine de l'employeur. Le caractère exceptionnel du bonus et l'absence de droit acquis à un tel paiement auraient encore été rappelés au salarié lors de chaque paiement de bonus. L'intimée renvoie à cet égard à l'information annuelle donnée au salarié (pièces 11 et 12 de Arendt & Medernach).

La décision de la Cour d'appel du 8 juin 2017 (rôle n° 42429) à laquelle se réfère l'appelant pour étayer sa position confirmerait au contraire l'argumentation de l'intimée.

L'intimée conteste encore toute généralité, constance et fixité dans le paiement du bonus.

Le caractère de libéralité de la gratification expressément convenu par les parties ne saurait être remis en cause ni par l'attitude d'une autre entité du groupe SOC1., 2., 3., 4.) – fût-ce même la maison-mère de l'entité luxembourgeoise – ni par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris ayant opposé A.) à son employeur français. La proposition quant au montant du bonus au niveau du groupe ne saurait avoir aucune force contraignante à l'égard de l'intimée et l'effet relatif de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris s'opposerait à ce que cet arrêt soit considéré comme précédent pour d'autres litiges se mouvant entre d'autres parties.

En outre, l'intimée justifie le non-paiement du bonus différé de l'année 2008 et du bonus de 2009 par le fait que les performances personnelles de l'appelant dans l'exécution des missions lui incombant dans le cadre du contrat de travail luxembourgeois n'étaient pas données, voire même que les contre-performances étaient flagrantes.

Finalement, elle conteste les montants réclamés et elle fait valoir qu'une partie de la rémunération variable devait être payée en *cash* tandis que l'autre partie

devait être payée sous forme de *deferred compensation* et plus particulièrement sous forme de KCIP respectivement de KTIP. En ce qui concerne l'année 2008, la partie *cash* aurait été payée et l'appelant ne démontrerait pas avoir droit à l'attribution d'une *deferred compensation*. En ce qui concerne l'année 2009, l'intimée conteste que l'appelant puisse prétendre au même montant que pour l'année 2008 et elle conteste encore les revendications de l'appelant relatives à la *deferred compensation*.

Appréciation de la Cour

Aux termes de l'article 2 du contrat de travail signé en date du 20 décembre 2004 « *Monsieur A.) exerce les activités professionnelles découlant du présent contrat à Luxembourg, ainsi qu'en tout autre lieu nécessaire à la bonne réalisation de sa mission.*

(...)

Il est expressément convenu qu'en raison de l'existence d'un second contrat de travail qui lie Monsieur A.) à la société SOC2.), en France, Monsieur A.) partage son occupation professionnelle et son temps de travail entre ses deux employeurs français et luxembourgeois, selon les nécessités de ses différentes fonctions. (...) Néanmoins, Monsieur A.) s'engage à consacrer globalement 40 % de son temps annuel de travail à l'exécution des missions professionnelles découlant du présent contrat. Il est donc rémunéré sur une base forfaitaire annuelle, correspondant à 40% de son temps de travail total, presté pour le compte de l'employeur luxembourgeois. »

Dans la mesure où, contrairement à l'affirmation de la société employeuse, A.) ne conclut pas dans le sens que le contrat de travail luxembourgeois soit une simple simulation, et en l'absence de tout autre élément permettant de conclure au caractère fictif de ce contrat, il y a lieu d'admettre que les parties sont liées par un contrat de travail valable et que les juridictions de travail sont dès lors compétentes pour connaître de la demande de A.).

L'appelant se base sur les dispositions du contrat de travail conclu en France (non versé en cause) et sur un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris en date du 5 décembre 2013 pour affirmer son droit au paiement du bonus par l'employeur luxembourgeois. Il invoque encore un arrêt de la Cour d'appel du 8 juin 2017, rôle n°42429.

Or, dans la mesure où le contrat de travail luxembourgeois a été valablement conclu entre le salarié A.) et son employeur luxembourgeois, entité juridique indépendante de l'employeur français, ce contrat est à appliquer en toutes ses dispositions et ce indépendamment des dispositions contenues dans le contrat de travail liant A.) à son employeur français.

En effet, tels que l'ont retenu les premiers juges, dans la mesure où deux contrats de travail séparés ont été conclus avec deux entités distinctes (employeur français et employeur luxembourgeois), sans qu'il n'y ait eu une disposition générale s'appliquant à ces deux contrats, les dispositions du contrat de travail français ne sauraient primer sur une clause figurant dans le contrat de travail luxembourgeois et acceptée par les parties.

L'article 3 du contrat de travail prévoit une rémunération annuelle forfaitaire établie d'un commun accord en fonction de la période d'occupation globale au Luxembourg et ajoute, en son alinéa 4: « *En supplément de ce traitement brut annuel fixe, une rémunération variable pourra être versée de façon discrétionnaire en fonction de l'activité et des résultats de la Société, du Métier, et de la performance personnelle de Monsieur A.)*. »

Le contrat de travail prévoit dès lors expressément que le versement de la rémunération variable est discrétionnaire.

Le raisonnement de la Cour d'appel de Paris ne saurait être transposé au présent litige dès lors que l'arrêt du 5 décembre 2013 a été rendu non seulement entre des parties différentes, mais encore sur base du contrat de travail conclu en France, et non du contrat de travail conclu au Luxembourg.

Or, il résulte du prédit arrêt que, pour reconnaître à A.) le droit au paiement du bonus, la Cour d'appel de Paris a retenu qu'« *il résulte de la lettre d'engagement de A.) que l'employeur s'est engagé à lui verser à titre de rémunération constituée d'une partie fixe et une partie variable*. ».

La Cour retient, à l'instar des premiers juges, que contrairement au contrat de travail français qui semble prévoir un droit du salarié au paiement du bonus, le contrat de travail luxembourgeois soumet ce paiement à la discrétion de l'employeur luxembourgeois et le constitue ainsi en libéralité.

Dès lors que l'employeur luxembourgeois s'est expressément réservé la libre appréciation par rapport au paiement du bonus, le salarié ne saurait se prévaloir du fait que la direction des ressources humaines à Paris a établi un décompte permettant le calcul des bonus dus, pour affirmer son droit au paiement de ces montants par l'employeur luxembourgeois.

L'arrêt cité par l'appelant (Cour d'appel du 8 juin 2017, rôle n° 42429), ne saurait s'appliquer par analogie au cas d'espèce dès lors que dans l'affaire en question, le contrat de travail avait subdivisé le salaire annuel du salarié en deux parties, toutes les deux décrites en des termes non potestatifs, le contrat précisant que le salarié « *erhält ein Gehalt* » et « *Darüber hinaus erhält Herr F. als freiwillige variable Vergütung...* », tandis qu'en l'occurrence, le contrat de travail ne prévoit pas que le salarié *reçoit* une rémunération variable, mais stipule expressément qu'une rémunération variable *pourra être versée*.

Le caractère discrétionnaire de libéralité conféré au bonus est encore corroboré par la mention suivante figurant sur les fiches de versement du bonus pour les années 2005 et 2006: « *Ce bonus sera versé après la paie de février. En raison de son caractère exceptionnel, en relation directe avec votre performance et vos réalisations en 2005 [2006], il ne peut constituer un droit acquis à votre profit*. »

La clause figurant à l'article 3 paragraphe 4 précité du contrat de travail signé entre parties, soumettant le droit au paiement d'une rémunération variable au pouvoir discrétionnaire de l'employeur, est applicable entre parties et fait,

ensemble avec la mention figurant sur les fiches de versement du bonus, obstacle à ce que le paiement de telles gratifications puisse par un usage général et fixe devenir un droit acquis en faveur du salarié.

C'est dès lors à bon droit que la juridiction de première instance a retenu que A.) reste en défaut de justifier son droit au paiement du reliquat du bonus pour l'année 2008 et du bonus pour l'année 2009.

Le jugement est dès lors à confirmer en ce qu'il a rejeté la demande de A.) pour être non fondée.

Eu égard au sort réservé à l'appel, la demande de l'appelant en obtention d'une indemnité de procédure est à rejeter.

Faute d'établir l'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau code de procédure civile, l'intimée est à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure.

PAR CES MOTIFS:

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

reçoit l'appel en la forme,

le dit non fondé,

confirme le jugement dans la mesure où il est entrepris,

dit non fondées les demandes respectives des parties basées sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile,

condamne A.) aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, sur ses affirmations de droit.

La lecture de cet arrêt a été faite à l'audience publique indiquée ci-dessus par Lotty PRUSSEN, président de chambre, en présence du greffier Alain BERNARD.