N° 34 / 13.
du 2.5.2013.

Numéro 3159 du registre.

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, deux mai deux mille treize.

Composition:

Georges SANTER, président de la Cour,
Edmée CONZEMIUS, conseiller à la Cour de cassation,
Irène FOLSCHEID, conseiller à la Cour de cassation,
Eliane ZIMMER, premier conseiller à la Cour d'appel,
Danielle SCHWEITZER, conseiller à la Cour d'appel,
Mylène REGENWETTER, avocat général,
Marie-Paule KURT, greffier à la Cour.

Entre:

la société anonyme SOC1.), établie et ayant son siège social à L-(…), (…), (…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…),

demanderesse en cassation,

comparant par Maître Mourad SEBKI, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

et:

X.), demeurant à B-(…), (…), (…),

défenderesse en cassation.

==========

LA COUR DE CASSATION :

Sur le rapport du conseiller Edmée CONZEMIUS et sur les conclusions du premier avocat général Jeannot NIES ;

Vu les arrêts attaqués rendus les 18 novembre 2010 et 1er mars 2012 sous le numéro 34746 du rôle par la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 27 juin 2012 par la société anonyme SOC1.) à X.), déposé au greffe de la Cour le 28 juin 2012 ;

Sur les faits :

Attendu, selon les arrêts attaqués, que le tribunal du travail de et à Luxembourg avait déclaré non fondée la demande de la défenderesse en cassation en paiement d'un bonus pour l'année 2007 ; que sur appel, la Cour d'appel a réformé la décision entreprise et a alloué à X.) à titre de bonus un montant de 66.666 euros ;

Sur les premier et deuxième moyens de cassation réunis :

tirés, **le premier,** *« de la violation sinon de la mauvaise, sinon de la fausse application de la loi, en l'espèce de l'article 56 alinéa 1 du Nouveau code de procédure civile qui dispose que : << le Juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas le débat >>,*

En ce que la Cour d'appel en sa décision du 18 novembre 2010 (page 4 § 9 et page 5 § 1) a erronément considéré que la demanderesse aurait implicitement admis qu'il n'y a pas eu de révision des objectifs annuels pour l'année 2007,

Alors que la demanderesse dans ses conclusions prises le 16 septembre 2009 avait très clairement pris position comme suit :

<< En présence des dénégations de la partie adverse, la concluante réitère son avis qu'il y a tout lieu de partager la motivation des premiers juges en ce qu'ils ont à juste titre considérés que la requérante ayant été engagée à partir du 1er mai 2006, le paiement d'un bonus pour une année ne suffit pas pour prouver le critère de régularité du paiement de ce bonus, et que l'offre de preuve formulée était irrecevable pour défaut de pertinence et devait être rejetée,

Que les arguments de la partie appelante suivant lesquels, les premiers juges auraient dû faire une lecture combinée de l'article 4 de l'annexe A du contrat de travail ensemble avec l'article 12 du contrat de travail, pour conclure à la reconduction de l'annexe A pour l'année subséquente à sa signature, sont à cet égard parfaitement erronés,

Qu'en effet, l'annexe B du contrat de travail qui prévoit les modalités de calcul d'un bonus ne subordonne le paiement d'un bonus à la réalisation d'un objectif global que pour l'année 2006,

Qu'en présence des arguties de la partie appelante, il y a lieu de rappeler que la Cour Supérieure de Justice ayant eu à se prononcer (CSJ 23.07.2001 n° 24509) sur la rémunération sur objectifs, a décidé dans une espèce PLONCARD C/ SOCIETE GENERALE BANK& TRUST Luxembourg qui présente de grandes similitudes, que : << en ce qui concerne plus particulièrement la modification alléguée relative aux appointements, la Cour se doit de constater que la ''rémunération sur objectif'' à l'origine du présent litige constitue contrairement à l'argumentation de l'appelant, un droit variable, une prime discrétionnaire selon les résultats obtenus. L'offre de preuve par voie de consultation formulée à ce sujet par l'appelant est dès lors à écarter pour défaut de pertinence. >>,

De surcroît, une lecture a contrario d'une autre décision de la Cour Supérieure de Justice (CSJ 01.02.2007 n° 29.738) confirme bien encore l'analyse faite par les premiers juges en ce qu'elle considère que : << du moment que le mode calcul de la gratification est établi ou déterminable, le caractère de fixité est donné. >>, or, en l'espèce et suivant l'analyse des premiers juges, non seulement la requérante ayant été engagée à partir du 1er mai 2006, le paiement d'un bonus pour une année ne suffit pas pour prouver le critère de régularité du paiement de ce bonus, mais de plus le bonus allégué n'étant pas déterminable en l'absence d'annexe B pour l'année 2007, son caractère de fixité n'est manifestement pas donné,

Qu'en effet, l'annexe B-Objectifs 2006, en raison même des échéances précises y contenues (juin 2006, décembre 2006, fin de l'année 2006) ne saurait valoir que pour le quantième de l'année concernée et rien d'autre,

La concluante maintient en conséquence intégralement son analyse sur ce point.

En ordre subsidiaire et si par impossible, Votre Cour, devait parvenir à la conclusion que l'annexe B-Objectifs 2006 vaudrait pour le quantième de l'année subséquente, la partie intimée demande acte que les objectifs fixés dans l'annexe B-Objectifs 2006 n'ont pas été atteints lors de l'exercice 2007, et qu'elle est parfaitement à même de le documenter,

Qu'en conséquence ce que la demanderesse a clairement indiqué est :

-en premier lieu que l'annexe B-objectifs 2006 ne vaut que pour l'année 2006, en raison même des échéances précises de dates et de réalisation (facturation, commandes acceptées et enregistrées) y contenues et rien d'autre, et qu'elle n'a pas, en l'absence de documents contraires produits par l'appelante, été reconduite pour l'année suivante.

-en second lieu, et en ordre subsidiaire que si par impossible, la Cour devait parvenir à la conclusion que l'annexe B-Objectifs 2006 vaudrait pour le quantième de l'année subséquente - ce en quoi la demanderesse a indiqué qu'elle était en total désaccord, alors que si les parties pouvaient en chaque début d'année

revoir d'un commun accord les objectifs annuels, il y avait lieu de considérer non pas que les objectifs avaient été reconduits, mais tout simplement qu'à défaut de redéfinition, aucun objectif n'avait été nouvellement assigné et que la clause n'avait pas tout simplement pas été reconduite à l'égard de la défenderesse - cet objectif n'avait pas été atteint en 2007.

Que dès lors, la Cour en considérant uniquement et exclusivement - et alors que cette remarque était uniquement formulée en ordre subsidiaire et uniquement par impossible à l'affirmation très claire d'une absence manifeste d'objectifs pour l'année 2007 - que la demanderesse aurait implicitement admis qu'il n'y a pas eu de révision des objectifs annuels pour l'année 2007 ; a fondé sa décision en violation avec les dispositions de l'article 56 alinéa 1 du Nouveau code de procédure civile et donc sur des faits qui ne sont pas le débat, alors que la demanderesse avait clairement et uniquement fait valoir que l'annexe B du contrat de travail qui prévoit les modalités de calcul d'un bonus ne subordonne le paiement d'un bonus à la réalisation d'un objectif global que pour l'année 2006, et qu'aucun objectif, ainsi que la possibilité en était envisageable (<< les objectifs annuels pourront être revus de commun accord >>) n'ayant été nouvellement assigné, la clause n'avait pas tout simplement pas été reconduite. »

le deuxième, *« de la violation sinon de la mauvaise, sinon de la fausse application de la loi, en l'espèce de de l'article 65 du Nouveau code de procédure civile qui dispose que : << Le juge doit en toutes circonstances faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction >>, et que : << il ne peut retenir dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement >> et enfin que : << il ne peut fonder sa décision sur les moyen de droit qu'il a relevés d'office dans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations >>*

En ce que la Cour d'Appel en sa décision du 18 novembre 2010 (page 4 § 9 et page 5 § 1) a erronément considéré que la demanderesse aurait implicitement admis qu'il n'y a pas eu de révision des objectifs annuels pour l'année 2007,

Alors que la demanderesse dans ses conclusions prises le 16 septembre 2009 avait très clairement pris position comme suit :

<< En présence des dénégations de la partie adverse, la concluante réitère son avis qu'il y a tout lieu de partager la motivation des premiers juges en ce qu'ils ont à juste titre considérés que la requérante ayant été engagée à partir du ler mai 2006, le paiement d'un bonus pour une année ne suffit pas pour prouver le critère de régularité du paiement de ce bonus, et que l'offre de preuve formulée était irrecevable pour défaut de pertinence et devait être rejetée,

Que les arguments de la partie appelante suivant lesquels, les premiers juges auraient dû faire une lecture combinée de l'article 4 de l'annexe A du contrat de travail ensemble avec l'article 12 du contrat de travail, pour conclure à la reconduction de l'annexe A pour l'année subséquente à sa signature, sont à cet égard parfaitement erronés,

Qu'en effet, l'annexe B du contrat de travail qui prévoit les modalités de calcul d'un bonus ne subordonne le paiement d'un bonus à la réalisation d'un objectif global que pour l'année 2006,

Qu'en présence des arguties de la partie appelante, il y a lieu de rappeler que la Cour supérieure de justice ayant eu à se prononcer (CSJ 23.07.2001 n° 24509) sur la rémunération sur objectifs, a décidé dans une espèce PLONCARD C/ SOCIETE GENERALE BANK & TRUST Luxembourg qui présente de grandes similitudes, que : << en ce qui concerne plus particulièrement la modification alléguée relative aux appointements, la Cour se doit de constater que la ''rémunération sur objectif'' à l'origine du présent litige constitue contrairement à l'argumentation de l'appelant, un droit variable, une prime discrétionnaire selon les résultats obtenus. L'offre de preuve par voie de consultation formulée à ce sujet par l'appelant est dès lors à écarter pour défaut de pertinence. >>,

De surcroît, une lecture a contrario d'une autre décision de la Cour Supérieure de Justice (CSJ 01.02.2007 n° 29.738) confirme bien encore l'analyse faite par les premiers juges en ce qu'elle considère que : << du moment que le mode calcul de la gratification est établi ou déterminable, le caractère de fixité est donné. >>, or, en l'espèce et suivant l'analyse des premiers juges, non seulement la requérante ayant été engagée à partir du ler mai 2006, le paiement d'un bonus pour une année ne suffit pas pour prouver le critère de régularité du paiement de ce bonus, mais de plus le bonus allégué n'étant pas déterminable en l'absence d'annexe B pour l'année 2007, son caractère de fixité n'est manifestement pas donné,

Qu'en effet, l'annexe B-Objectifs 2006, en raison même des échéances précises y contenues (juin 2006, décembre 2006, fin de l'année 2006) ne saurait valoir que pour le quantième de l'année concernée et rien d'autre,

La concluante maintient en conséquence intégralement son analyse sur ce point.

En ordre subsidiaire et si par impossible, Votre Cour, devait parvenir à la conclusion que l'annexe B-Objectifs 2006 vaudrait pour le quantième de l'année subséquente, la partie intimée demande acte que les objectifs fixés dans l'annexe B-Objectifs 2006 n'ont pas été atteints lors de l'exercice 2007, et qu'elle est parfaitement à même de le documenter,

Qu'en conséquence ce que la demanderesse avait clairement indiqué est :

- en premier lieu que l'annexe B-objectifs 2006 ne vaut que pour l'année 2006, en raison même des échéances très précises de dates et de réalisation (facturation, commandes acceptées et enregistrées) y contenues et rien d'autre, et qu'elle n'a pas été reconduite pour l'année suivante.

-en second lieu, et en ordre subsidiaire que si par impossible, la Cour devait parvenir à la conclusion que l'annexe B-Objectifs 2006 vaudrait pour le quantième de l'année subséquente - ce en quoi la demanderesse a indiqué qu'elle était en total désaccord, alors que si les parties pouvaient en chaque début d'année revoir d'un

commun accord les objectifs annuels, il y avait lieu de considérer non pas que les objectifs avaient été reconduits, mais tout simplement qu'à défaut de redéfinition, aucun objectif n'avait été nouvellement assigné et que la clause n'avait pas tout simplement pas été reconduite - cet objectif n'avait pas été atteint en 2007.

Qu'en conséquence la Cour dans sa décision du 18 novembre 2010 en considérant uniquement et exclusivement - et alors que cette remarque était uniquement formulée en ordre subsidiaire et uniquement par impossible à l'affirmation très claire d'une absence manifeste d'objectifs pour l'année 2007 - que la demanderesse aurait implicitement admis qu'il n'y a pas eu de révision des objectifs annuels pour l'année 2007 a fondé sa décision en violation avec les dispositions de l'article 65 alinéa 1 et alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile en ce qu'elle a clairement violé le principe de la contradiction et du débat contradictoire en considérant sinon en faisant accroire que la demanderesse avait implicitement et définitivement admis qu'il n'y a pas eu de révision des objectifs annuels pour l'année 2007, pour en tirer la conclusion explicite et abusive que les objectifs 2006 auraient été reconduits, alors que ce que la demanderesse avait pour sa part indiqué au voeu de ses conclusions du 16 septembre 2009 était que la clause qui pouvait, au voeu du contrat, être reconduite ne l'avait clairement pas été alors qu'aucune nouvelle annexe, ni aucun document en attestant n'était produit par l'appelante, et que si et seulement si, et en ordre totalement subsidiaire la Cour devait par impossible penser le contraire, la demanderesse demandait alors acte que les objectifs n'avaient pas été atteints en 2007 » ;

Mais attendu que les moyens procèdent d'une mauvaise lecture de l'arrêt du 18 novembre 2010 par lequel les juges du fond, en retenant « *Comme l'article 4 de l'annexe A exclut expressément de son champ d'application les gratifications visées dans l'annexe B du contrat, l'allocation du bonus constitue un véritable complément de salaire et ne saurait être considérée comme libéralité dont le paiement serait laissé au bon vouloir discrétionnaire de l'employeur de sorte qu'il n'y pas lieu de rechercher en l'espèce si cette prime réunit les caractères de généralité, de constance et de fixité quant au montant ou au mode de calcul »* ont, sans violer les dispositions légales visées aux moyens, souverainement analysé les termes du contrat de travail, répondant ainsi aux conclusions principales de la demanderesse en cassation pour considérer ensuite, comme ils y étaient invités, ses conclusions subsidiaires débattues contradictoirement à l'audience ;

D'où il suit que les moyens ne sauraient être accueillis ;

Sur les troisième et quatrième moyens de cassation réunis :

tirés, **le troisième,** *« de la violation, sinon de la mauvaise, sinon de la fausse application de la loi, en l'espèce de l'article L.221-1 du Code du travail qui dispose que : << Par les termes de ''salaire, appointements'', employés dans les dispositions de la présente section, il faut entendre la rétribution globale du salarié, comprenant, en dehors du taux en numéraire, les autres avantages et rétributions accessoires éventuels, tels que notamment les gratifications, tantièmes, remises, primes, logements gratuits et autres valeurs quelconques de même nature (...)>>*

En ce que la Cour d'appel en sa décision du 18 novembre 2010 a considéré en violation de l'article L.221-1 du Code du travail et par une interprétation erronée des dispositions du contrat de travail de l'appelante et de ses annexes que : << l'allocation d'un bonus constituait un véritable complément de salaire et ne saurait être considérée comme une libéralité dont le paiement serait laissé au bon vouloir de l'employeur de sorte qu'il n'y a pas lieu de rechercher en l'espèce si cette prime réunit les caractères de généralité, de constance et de fixité quant au mode de calcul. >>, et ceci en parfaite contradiction avec le Tribunal du travail dans sa décision du 03 février 2009,

Alors que ce dernier s'était quant à lui livré dans sa décision à une analyse précise et détaillée au terme de laquelle les premiers juges avaient amplement pris position tant sur l'inexistence d'un bonus (a) que sur l'offre de preuve formulée par la partie demanderesse (b) (page 5 et suivantes du jugement du 03 février 2009) et avaient considéré que l'allocation d'un bonus était clairement subordonnée pour l'année 2006 à la réalisation d'un objectif global, qu'il résultait des pièces que la défenderesse ne s'était engagée à payer un bonus à certaines conditions que pour l'année 2006, et qu'en outre la requérante ayant été engagée à partir du 1er mai 2006, le paiement d'un bonus pour une année ne suffisait pas pour prouver le critère de régularité du paiement ce bonus, en s'exprimant in extenso comme suit :

a) concernant l'inexistence du bonus allégué par la demanderesse :

<< le salarié a droit, au prorata des jours ou mois travaillés, à une gratification ou à d'autres primes éventuellement prévues dans son contrat de travail ou résultant d'un usage constant depuis plusieurs années et présentant un caractère de fixité et de généralité.

En effet, toute prime ou gratification constitue en principe une libéralité laissée à la discrétions de l'employeur, à moins qu'elle ne soit due en vertu d'un engagement exprès contenu dans un contrat de travail ou une convention collective ou que l'obligation de payer ne résulte d'un usage constant (versements répétés), fixe (détermination du montant au moyen d'un mode de calcul invariable indépendant de la volonté de l'employeur) et général (attribution à l'ensemble du personnel ou tout au moins à une catégorie de personnel bien déterminée).

A côté de cet élément matériel, il faut que l'employeur ait conscience de faire le versement à titre obligatoire et que le salarié soit persuadé que la gratification lui est attribuée comme rémunération supplémentaire (élément intellectuel).

A défaut d'un engagement formel de l'employeur quant au paiement d'une prime, le salarié doit rapporter la preuve que la prime réunit cumulativement les critères matériels et intellectuels décrits ci-dessus.

Le contrat de travail conclu entre les parties au litige en date du 31 mars 2006 ne prévoit pas le paiement d'un bonus au profit de la requérante.

Par contre, le point 4 de l'annexe A datée du 31 mars 2006 prévoit ce qui suit :

<< Toute gratification, autres que celles décrites ci-dessus et dans l'annexe B du présent contrat et qui sera éventuellement allouée au salarié, gardera son caractère de libéralité et pourra être révoquée à tout moment. Cette gratification ne peut par conséquentes être considérée comme un droit acquis et n'entrera également pas dans le calcul du treizième mois ou du pécule de vacances du salarié. >>

L'annexe B du contrat de travail subordonne finalement le paiement du bonus pour l'année 2006 à la réalisation d'un objectif global et prévoit les modalités de calcul de ce bonus.

Il résulte des pièces que la partie défenderesse ne s'est engagée à payer un bonus à certaines conditions que pour l'année 2006.

En outre, la requérante avant été engagée à partir du 1er mai 2006, le paiement d'un bonus pour une année ne suffit pas pour prouver le critère de régularité du paiement ce bonus. >>

b) quant à l'offre de preuve formulée à l'audience par la demanderesse :

<< A l'audience du 27 novembre 2008, la requérante a encore formulé l'offre de preuve suivante :

''que les objectifs de 2006 ont été reconduits pour 2007 dans le cadre de son contrat de travail'' et a proposé à voir entendre Y.) comme témoin.

Or, le plaideur qui réclame le bénéfice de l'application d'une règle juridique doit indiquer les faits qui, selon lui, fondent le droit prétendu et les déclarations des tiers doivent avoir pour objet l'établissement de ces faits litigieux.

C'est la raison pour laquelle toute offre de preuve n'est recevable qu'à la condition de porter sur des faits pertinents.

Pour qu'une offre de preuve soit recevable, la demande doit être formulée en termes précis.

La partie qui offre de faire la preuve par témoins doit viser avec précision tous les faits accomplis au moment où elle forme sa demande et sur lesquels elle entend que les témoins déposent.

La présentation de la demande d'enquête doit être de nature à permettre d'une part au juge d'examiner si chacun des faits précisés est pertinent ou admissible, d'autre part, à la partie adverse de connaître avec précision l'objet de l'enquête et par là, lui permettre de faire la preuve contraire.

A ces fins, la présentation doit être précise, pertinente et admissible.

Il appartient au juge, une fois les faits rapportés, d'en déduire la situation juridique ; il s'ensuit que la preuve ne peut porter que sur l'existence des faits qui conditionnent l'application de la règle de droit.

Or, l'offre de preuve formulée par la requérante est irrecevable au motif que la requérante n'a pas offert en preuve les faits qui auraient permis au tribunal de déduire que la partie défenderesse s'est également engagée à lui payer une prime pour l'année 2007.

Cette offre de preuve, qui a été formulée oralement à ladite audience, est encore irrecevable au motif que la requérante est à la fois restée en défaut de la verser par écrit en cours de délibéré et d'indiquer les coordonnées du témoin qu'elle voulait faire entendre lors des enquêtes.

L'offre de preuve formulée par la requérante étant irrecevable, elle doit être rejetée.

A titre superfétatoire, cette offre de preuve n'est pas pertinente alors que même à supposer que la partie défenderesse se soit engagée à lui payer une telle prime, les modalités de cette prime pour 2007 ne résulte pas des éléments du dossier.

A défaut d'autres éléments de preuve tendant à conforter la version des faits de la requérante suivant laquelle elle aurait droit à un bonus pour la période du 1er janvier au 29 août 2007, sa demande en paiement d'un bonus pour cette période n'est pas fondée et elle doit être rejetée.

En ce qui concerne ensuite la demande pour la période du 30 août au 31 décembre 2007, cette demande doit encore être rejetée au motif que la requérante n'a, au vu des éléments qui précèdent, pas de droit acquis au paiement d'un tel bonus.

A titre superfétatoire, cette demande doit encore être rejetée au motif que ce préjudice est hypothétique et partant incertain.

Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, la demande en paiement d'un bonus pour l'année 2007 doit être rejetée.

Il y a partant lieu de rejeter la demande en institution d'une consultation ou d'une expertise. »

Qu'en conséquence la Cour dans sa décision du 18 novembre 2010 en considérant par une interprétation erronée des dispositions du contrat de travail de l'appelante et de ses annexes que : << l'allocation d'un bonus constituait un véritable complément de salaire et ne saurait être considérée comme une libéralité dont le paiement serait laissé au bon vouloir de l'employeur de sorte qu'il n'y a pas lieu de rechercher en l'espèce si cette prime réunit les caractères de généralité, de constance et de fixité quant au mode de calcul. >>, a fondé sa décision en violation avec les dispositions de l'article L. 221-1 du Code du travail en ce que sur base de pièces desquelles il résulte clairement et sans ambiguïté que la partie défenderesse ne s'est engagée à payer un bonus à certaines conditions que pour l'année 2006, elle a considéré que ledit bonus constituait un véritable complément de salaire pour lequel il n'y avait pas lieu de rechercher si il réunissait les caractères de généralité, de constance et de fixité quant au mode de calcul et qu'il était également dû pour l'année 2007, même en l'absence de clause dûment signée en retraçant les termes, échéances et modalités d'attribution comme indiqué avec précision pour l'annexe

de 2006, et sans aucunement tenir compte du fait que la requérante ayant été engagée à partir du 1er mai 2006, le paiement d'un bonus pour une année ne suffisait pas pour prouver le critère de régularité du paiement ce bonus.

Que de surcroît, le raisonnement de la Cour dans sa décision du 18 novembre 2010 et dans sa décision du mars 2012 qui conclut à une prise en compte des objectifs 2006 pour définir un droit à bonus de l'année 2007 apparaît tout simplement et gravement méconnaître le simple fait économique que les objectifs assignés pour une année ne peuvent valoir que pour l'année en question et non pas pour les années ultérieures, sauf à considérer et en dépit du bon sens que les objectifs n'évoluent jamais, ce qui est en totale contradiction avec l'impérative progression du chiffre d'affaires qui doit être celle d'une entreprise qui ne régresse pas » ;

le quatrième, *« de la violation, sinon de la mauvaise, sinon de la fausse application de la loi, en l'espèce de l'article L-124-9 (1) alinéa 2 du Code du travail qui dispose que : << Jusqu'à l'expiration du délai de préavis, la dispense visée à l'alinéa qui précède ne doit entraîner pour le salarié aucune diminution des salaires, indemnités et autres avantages auxquels il aurait pu prétendre s'il avait accompli son travail. Le salarié ne peut pas prétendre aux avantages que représente le remboursement de frais occasionnés par le travail, notamment des indemnités de repas, des indemnités de déplacement ou des indemnités de trajet. >>*

En ce que la Cour d'appel en sa décision du ler mars 2012 a considéré par une mauvaise sinon une fausse application de l'article L.124-9 (1) alinéa 2 du Code du travail et par une interprétation erronée des dispositions du contrat de travail de l'appelante, (contrat de travail conclu entre les parties en date du 31 mars 2006 qui ne prévoit pas le paiement d'un bonus au profit de la requérante).

et de ses annexes que : << l'allocation d'un bonus constituait un véritable complément de salaire et ne saurait être considérée comme une libéralité dont le paiement serait laissé au bon vouloir de l'employeur de sorte qu'il n'y a pas lieu de rechercher en l'espèce si cette prime réunit les caractères de généralité, de constance et de fixité quant au mode de calcul. >>, et qu'en conséquence la dispense de travail ne devant entraîner pour le salarié, jusqu'à l'expiration du délai de préavis, aucune diminution des salaires, traitements, indemnités et autre avantages auxquels il aurait pu prétendre s'il avait accompli son travail ; que l'appelante pouvait dès lors prétendre à la totalité du bonus pour l'année 2007 ; et ceci en parfaite contradiction avec le Tribunal du travail dans sa décision du 03 février 2009,

Alors que ce dernier s'était quant à lui livré dans sa décision à une analyse précise et détaillée au terme de laquelle les premiers juges avaient amplement pris position tant sur l'inexistence d'un bonus (a) que sur l'offre de preuve formulée par la partie demanderesse (b) (page 5 et suivantes du jugement du 03 février 2009) et avaient considéré que l'allocation d'un bonus était clairement subordonnée pour l'année 2006 à la réalisation d'un objectif global, qu'il résultait des pièces que la défenderesse ne s'était engagée à payer un bonus à certaines conditions que pour l'année 2006, et qu'en outre la requérante ayant été engagée à partir du 1er mai

2006, le paiement d'un bonus pour une année ne suffisait pas pour prouver le critère de régularité du paiement ce bonus, en s'exprimant in extenso comme suit :

a) concernant l'inexistence du bonus allégué par la demanderesse :

<< le salarié a droit, au prorata des jours ou mois travaillés, à une gratification ou à d'autres primes éventuellement prévues dans son contrat de travail ou résultant d'un usage constant depuis plusieurs années et présentant un caractère de fixité et de généralité.

En effet, toute prime ou gratification constitue en principe une libéralité laissée à la discrétions de l'employeur, à moins qu'elle ne soit due en vertu d'un engagement exprès contenu dans un contrat de travail ou une convention collective ou que l'obligation de payer ne résulte d'un usage constant (versements répétés), fixe (détermination du montant au moyen d'un mode de calcul invariable indépendant de la volonté de l'employeur) et général (attribution à l'ensemble du personnel ou tout au moins à une catégorie de personnel bien déterminée).

A côté de cet élément matériel, il faut que l'employeur ait conscience de faire le versement à titre obligatoire et que le salarié soit persuadé que la gratification lui est attribuée comme rémunération supplémentaire (élément intellectuel).

A défaut d'un engagement formel de l'employeur quant au paiement d'une prime, le salarié doit rapporter la preuve que la prime réunit cumulativement les critères matériels et intellectuels décrits ci-dessus.

Le contrat de travail conclu entre les parties au litige en date du 31 mars 2006 ne prévoit pas le paiement d'un bonus au profit de la requérante.

Par contre, le point 4 de l'annexe A datée du 31 mars 2006 prévoit ce qui suit :

<< Toute gratification, autres que celles décrites ci-dessus et dans l'annexe B du présent contrat et qui sera éventuellement allouée au salarié, gardera son caractère de libéralité et pourra être révoquée à tout moment. Cette gratification ne peut par conséquent pas être considérée comme un droit acquis et n'entrera également pas dans le calcul du treizième mois ou du pécule de vacances du salarié.>>

L'annexe B du contrat de travail subordonne finalement le paiement du bonus pour l'année 2006 à la réalisation d'un objectif global et prévoit les modalités de calcul de ce bonus.

Il résulte des pièces que la partie défenderesse ne s'est engagée à payer un bonus à certaines conditions que pour l'année 2006.

En outre, la requérante avant été engagée à partir du 1er mai 2006, le paiement d'un bonus pour une année ne suffit pas pour prouver le critère de régularité du paiement ce bonus. »

b) quant à l'offre de preuve formulée à l'audience par la demanderesse :

<< A l'audience du 27 novembre 2008, la requérante a encore formulé l'offre de preuve suivante ''que les objectifs de 2006 ont été reconduits pour 2007 dans le cadre de son contrat de travail'' et a proposé à voir entendre Y.) comme témoin.

Or, le plaideur qui réclame le bénéfice de l'application d'une règle juridique doit indiquer les faits qui, selon lui, fondent le droit prétendu et les déclarations des tiers doivent avoir pour objet l'établissement de ces faits litigieux.

C'est la raison pour laquelle toute offre de preuve n'est recevable qu'à la condition de porter sur des faits pertinents.

Pour qu'une offre de preuve soit recevable, la demande doit être formulée en termes précis.

La partie qui offre de faire la preuve par témoins doit viser avec précision tous les faits accomplis au moment où elle forme sa demande et sur lesquels elle entend que les témoins déposent.

La présentation de la demande d'enquête doit être de nature à permettre d'une part au juge d'examiner si chacun des faits précisés est pertinent ou admissible, d'autre part, à la partie adverse de connaître avec précision l'objet de l'enquête et par là, lui permettre de faire la preuve contraire.

A ces fins, la présentation doit être précise, pertinente et admissible.

Il appartient au juge, une fois les faits rapportés, d'en déduire la situation juridique ; il s'ensuit que la preuve ne peut porter que sur l'existence des faits qui conditionnent l'application de la règle de droit.

Or, l'offre de preuve formulée par la requérante est irrecevable au motif que la requérante n'a pas offert en preuve les faits qui auraient permis au tribunal de déduire que la partie défenderesse s'est également engagée à lui payer une prime pour l'année 2007.

Cette offre de preuve, qui a été formulée oralement à ladite audience, est encore irrecevable au motif que la requérante est à la fois restée en défaut de la verser par écrit en cours de délibéré et d'indiquer les coordonnées du témoin qu'elle voulait faire entendre lors des enquêtes.

L'offre de preuve formulée par la requérante étant irrecevable, elle doit être rejetée.

A titre superfétatoire, cette offre de preuve n'est pas pertinente alors que même à supposer que la partie défenderesse se soit engagée à lui payer une telle prime, les modalités de cette prime pour 2007 ne résulte pas des éléments du dossier.

A défaut d'autres éléments de preuve tendant à conforter la version des faits de la requérante suivant laquelle elle aurait droit à un bonus pour la période du 1er janvier au 29 août 2007, sa demande en paiement d'un bonus pour cette période n'est pas fondée et elle doit être rejetée.

En ce qui concerne ensuite la demande pour la période du 30 août au 31 décembre 2007, cette demande doit encore être rejetée au motif que la requérante n'a, au vu des éléments qui précèdent, pas de droit acquis au paiement d'un tel bonus.

A titre superfétatoire, cette demande doit encore être rejetée au motif que ce préjudice est hypothétique et partant incertain.

Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, la demande en paiement d'un bonus pour l'année 2007 doit être rejetée.

Il y a partant lieu de rejeter la demande en institution d'une consultation ou d'une expertise. >>

Qu'en conséquence la Cour dans sa décision du 18 novembre 2010 et subséquemment du 1 er mars 2012 en considérant par une interprétation erronée des dispositions du contrat de travail de l'appelante et de ses annexes que : << l'allocation d'un bonus constituait un véritable complément de salaire et ne saurait être considérée comme une libéralité dont le paiement serait laissé au bon vouloir de l'employeur de sorte qu'il n'y a pas lieu de rechercher en l'espèce si cette prime réunit les caractères de généralité, de constance et de fixité quant au mode de calcul. >> et qu'en conséquence la dispense de travail ne devant entraîner pour le salarié, jusqu'à l'expiration du délai de préavis, aucune diminution des salaires, traitements, indemnités et autre avantages auxquels il aurait pu prétendre s'il avait accompli son travail ; que l'appelante pouvait dès lors prétendre à la totalité du bonus pour l'année 2007, a fondé sa décision une mauvaise sinon une fausse application des dispositions de l'article L.124-9 (1) alinéa 2 du Code du travail en ce que sur base de pièces desquelles il résulte clairement et sans ambiguïté que la partie défenderesse ne s'est engagée à payer un bonus à certaines conditions que pour l'année 2006, elle a considéré que ledit bonus constituait un véritable complément de salaire pour lequel il n'y avait pas lieu de rechercher, si il réunissait les caractères de généralité, de constance et de fixité quant au mode de calcul et qu'il était également dû pour l'année 2007, même en l'absence de clause dûment signée en retraçant les termes, échéances et modalités d'attribution comme indiqué avec précision pour l'annexe de 2006, et sans aucunement tenir compte du fait que la requérante ayant été engagée à partir du 1er mai 2006, le paiement d'un bonus pour une année ne suffisait pas pour prouver le critère de régularité du paiement ce bonus.

Que de surcroît, le raisonnement de la Cour dans sa décision du 18 novembre 2010 et dans sa décision du 1er mars 2012 qui conclut à une prise en compte des objectifs 2006 pour définir un droit à bonus de l'année 2007 apparaît tout simplement et gravement méconnaître le simple fait économique que les objectifs assignés pour une année ne peuvent valoir que pour l'année en question et non pas pour les années ultérieures, sauf à considérer et en dépit du bon sens que

les objectifs n'évoluent jamais, ce qui est en totale contradiction avec l'impérative progression du chiffre d'affaires qui doit être celle d'une entreprise qui ne régresse pas.

Que la considération relevée par la Cour dans sa décision du 1er mars 2012 suivant laquelle la lettre de licenciement de la défenderesse dit que << Pendant le préavis et à partir du 1er septembre 2007, nous vous dispensons de votre obligation de travailler..., les salaires vous seront versés mensuellement pendant la période de préavis et les autres éléments de votre rémunération (p. ex. jours de congés non pris) vous seront payés au plus tard à la fin de la période de préavis. >> pour justifier de la prétention additionnelle au paiement du bonus pour l'année 2007 est irrelevante alors que pour n'avoir été engagée que le ler mai 2006 comme l'a retenu le tribunal dans sa décision du 3 juin 2009, soit une ancienneté de 17 mois la requérante n'en a pas moins bénéficié lors de son licenciement d'un préavis d'une durée de 7 mois, préavis à l'issue duquel elle a perçu le montant global de 65.333,00 euros bruts, soit 38.754,28 euros nets.

Qu'il est difficile dans ces conditions d'envisager et ne serait-ce que de considérer que la défenderesse aurait subi jusqu'à l'expiration du délai de préavis, une quelconque diminution des salaires, traitements, indemnités et autre avantages auxquels elle aurait pu prétendre si elle avait accompli son travail, et que la demanderesse aurait dès lors contrevenu aux dispositions de l'article L-124-9 (1) alinéa 2 du Code du travail. »

Mais attendu que c'est dans le cadre de son pouvoir d'appréciation souverain, échappant au contrôle de la Cour de cassation, que la Cour d'appel a, sans violer les articles cités du Code du travail, décidé que le bonus, constituant dans le cas d'espèce un véritable élément de salaire, serait à inclure dans l'assiette de calcul de l'indemnité de préavis, malgré dispense de travail, et qu'il serait redu pour l'année entière 2007, en cas de licenciement avec préavis le contrat de travail ne prenant fin qu'à la date de l'expiration du préavis ;

Que les moyens ne sauraient être accueillis;

Sur l'indemnité de procédure :

Attendu que l'entièreté des dépens de l'instance en cassation étant à charge de la demanderesse en cassation, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure est à rejeter ;

Par ces motifs :

rejette le pourvoi ;

rejette la demande en octroi d'une indemnité de procédure ;

condamne la demanderesse en cassation aux dépens de l'instance en cassation.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Georges SANTER, en présence de Madame Mylène REGENWETTER, avocat général et de Madame Marie-Paule KURT, greffier à la Cour.