Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du vingt-neuf mars deux mille douze

Numéro 36991 du rôle

Composition:

Monique BETZ, président de chambre;
Roger LINDEN, conseiller;
Mireille HARTMANN, conseiller;
Paul WAGNER, greffier.

Entre:

B.), demeurant à D-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 1er février 2011,

comparant par Maître François TURK, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

la société anonyme SOC.1.) S.A., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du prédit exploit CALVO,

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

LA COUR D'APPEL:

Par jugement du 10 décembre 2010, le tribunal du travail de Luxembourg a débouté B.) de sa demande en condamnation dirigée contre son ancien employeur, la société anonyme SOC.2.) (actuellement SOC.1.) S.A.) à lui payer du chef d'une *« Sondergratifikation »* pour l'année 2008 la somme de 28.670 € de même qu'une indemnité de procédure de 2.000 €.

Pour statuer ainsi, la juridiction du premier degré a constaté que l'employeur s'était engagé dans le cadre du contrat de travail du 15 décembre 1997 à verser au salarié une gratification annuelle composée d'une part fixe de 9.000 DM et d'une part variable dénommée *« Sondergratifikation »* dépendant des résultats financiers de la banque et de la performance individuelle du requérant. Il a retenu que la SOC.2.) auprès de laquelle le salarié travaillait avait été absorbée par la SOC.1.) et qu'il avait été porté à la connaissance du personnel des deux banques par courrier interne du 18 février 2009 que les conseils d'administration respectifs des deux banques avaient décidé au vu des résultats financiers de 2008 que notamment les salariés de la SOC.2.) se verraient allouer l'équivalent d'un mois de salaire *« als individuelle Mehrarbeitsvergütung »,* soit la somme de 5.926,61 € que l'appelant a effectivement perçue par la suite. Le tribunal a retenu que cette somme correspondait *à* la *Sondergratifikation* pour l'année 2008 et qu'au vu des résultats financiers de 2008 et de l'engagement indéterminé de l'employeur tel que figurant au contrat de travail, il n'était pas tenu de lui verser le bonus tel que réclamé par le salarié.

Par exploit d'huissier du 1er février 2011, B.) a régulièrement interjeté appel contre le jugement et demande, par réformation, à se voir allouer les demandes rejetées par le tribunal du travail de même qu'une indemnité de procédure de 2.000 € pour l'instance d'appel.

La société intimée conclut à la confirmation du jugement. Elle conclut subsidiairement à voir allouer à l'appelant une *« Sondergratifikation »* de moindre importance que celle réclamée et d'en voir déduire la somme de 5.926,61 € qu'il a d'ores et déjà touchée. Elle sollicite une indemnité de procédure de 2.500 €.

L'appelant qui fait valoir que la SOC.2.) n'a été absorbée par la SOC.1.) qu'avec effet au 1er avril 2010, renvoie à l'avenant du contrat de travail signé le 15 décembre 1997 et souligne que le bénéfice de l'année 2008 de la SOC.2.) se chiffrait à 362.000.000 €, que ses prestations étaient excellentes en 2008 et qu'il a régulièrement bénéficié d'une *Sondergratifikation* durant les exercices de 2004 à 2007.

Il se réfère au courrier électronique du 18 décembre 2008 émanant du « Vorstand » de la SOC.2.) de la teneur suivante *« Für das Kalenderjahr 2008 wird ein SOC.2.)-Gesamt-Bonusvolumen in Höhe von 100% des Bonusvolumens 2007- angepasst an den Mitarbeiterstab 2008 - zugesagt. Die Festsetzung der individuellen Bonusbeträge erfolgt wie in den vergangenen Jahren leistungsabhängig »* pour voir déclarer fondée sa demande.

En ce qui concerne le courrier électronique du 18 février 2009 sur lequel le tribunal du travail s'est fondé pour rejeter la demande, l'appelant souligne qu'il émane de deux responsables de la SOC.1.) adressé tant aux salariés de la SOC.3.) que de la SOC.2.), responsables qui à l'époque n'avaient aucun pouvoir formel décisionnel sur la SOC.2.) de sorte qu'il n'a aucune valeur juridique.

Il fait valoir que la *Sondergratifikation* est tributaire des résultats de la banque et de ses propres performances et que si les résultats et performances sont au moins aussi bons que ceux des années précédentes, il a droit au moins à la gratification touchée durant ces années. Il s'inscrit en faux contre les développements du tribunal du travail qui a pris en compte les résultats financiers de la SOC.3.), alors que les deux banques n'ont fusionné que le 1er avril 2010 de sorte que les seuls résultats à prendre en compte sont ceux de la SOC.2.) de 2008.

La société fait d'abord valoir que l'appelant, en tant que salarié non conventionné a obtenu en plus de son salaire et du bonus annuel garanti la somme de 5.926,61 €, payée ensemble avec le salaire du mois de mars 2009. Elle dénie toute importance à la question de savoir si le courriel du 18 février 2009 a pu engager la SOC.2.) dès lors que les responsables de cette dernière se sont les 26 et 27 mars 2009, en se référant audit courriel ,appropriés son contenu et informé en conséquence l'appelant de ce qu'il toucherait un bonus moins important que les années précédentes, de l'ordre de 5.926,61 €. Elle soutient que la formulation du contrat de travail consacre le droit du salarié à bénéficier d'un bonus variable, mais qu'il n'en fixe ni le montant, ni aucune règle de calcul précise (aucun minimum, aucune grille, aucun coefficient qui permettrait de déterminer la consistance du bonus variable). Elle soutient partant, tout comme le tribunal du travail, que la formulation de l'avenant laisse un pouvoir discrétionnaire à la banque d'en fixer le montant précis. Elle conteste tout droit acquis de l'appelant au versement d'un tel bonus en raison des versements effectués les années précédentes.

Discussion

Le contrat de travail du 15 décembre 1997 signé entre le salarié et la SOC.2.) S.A. prévoit sub 4 que

« Herr B.) erhält folgende Bezüge, durch die zugleich eine eventuelle Mehrarbeitsvergütung abgegolten ist :

a) ein Jahresgehalt von DM 92.000
b) eine jährliche Auslandszulage von 8.000 DM
c) eine jährliche Abschlussgratifikation, die aus einem garantierten Betrag von 9.000 DM und - im Falle ungekündigten Dienstverhältnisses- einer Sondergratifikation besteht, die unter Berücksichtigung der Ertragslage der SOC.2.) individuell nach Leistungsgesichtspunkten jährlich neu festgesetzt wird.

… Abschlussgratifikation und Sondergratifikation für das abgeschlossene Geschäftsjahr kommen zur Auszahlung am Tage nach der Generalversammlung, die über den Abschluss dieses Geschäftsjahres der SOC.2.) beschliesst… ».

Il découle de cette disposition conventionnelle - les parties s'accordent pour dire que l'appelant était à considérer comme un « *AT Mitarbeiter » (aussertariflicher Mitarbeiter)* - que le salarié toucherait, en plus de son salaire annuel fixe, une gratification annuelle finale composée d'un montant garanti fixe de 9.000 DM et d'une part variable dénommée *Sondergratifikation* à déterminer au regard de la *Ertragslage* de la SOC.2.) et de critères de performance individuelle. (*N.B. de la Cour* : la part fixe de 9.000 DM n'est pas en cause, le salarié l'a touchée durant les années auprès de la SOC.2.) sous forme d'une incorporation dans son salaire mensuel)

S'agissant d'un collaborateur non conventionné, B.) ne pouvait en sus faire valoir de revendications financières tirées d'un éventuel travail supplémentaire, la rémunération globale lui consentie dénommée *Mehrarbeitsvergütung* étant destinée à rémunérer ce supplément de travail. La Cour interprète cette disposition en ce sens qu'il ne pouvait notamment pas faire valoir de paiement à titre d'heures supplémentaires prestées.

Les messages électroniques des 26 et 27 mars 2009 adressés par l'employeur SOC.2.) à l'ensemble des salariés font état de ce qu'une *Anerkennungsprämie* de 1.000 € sera versée au *Tarifmitarbeiter* tandis que le *AT Mitarbeiter* touchera une *Mehrarbeitsvergütung* correspondant à l'équivalent de la rémunération mensuelle brute du mois de décembre 2008. Le message du 26 mars 2009 ajoute que : *individualvertragliche Zusagen von Zahlungen für das Geschäftsjahr 2008 werden erfüllt.*

Dans son message du 27 mars 2009, l'employeur précise sous l'entête *Wegfall der Bonuszahlung für das Geschäftsjahr 2008* que le paiement d'un bonus est supprimé pour l'année 2008, mais que les *Zusagen werden*

jedoch selbstverständlich erfüllt. L'employeur range l'appelant dans la catégorie des employés qui n'avaient pas de *Festzusage* étant donné qu'il est parmi ceux des salariés qui toucheront une *Mehrarbeitsvergütung* correspondant à un mois de salaire, payée avec le salaire du mois de mars 2009, soit dans le cas de l'appelant la somme de 5.926,61 brute.

C'est à bon droit que le tribunal du travail a retenu au regard de la formulation choisie que cette *Mehrarbeitsvergütung* correspondait en fait à la *Sondergratifikation* dont question dans le contrat de travail. Même si l'employeur informe les salariés de la SOC.2.) dans le message électronique du 27 mars 2009 qu'il n'y aura versement d'aucun bonus pour l'année 2008, le choix de ce terme *(bonus)* qui ne se trouve pas mentionné tel quel dans le contrat individuel de l'appelant et peut dès lors prêter à confusion est, en l'espèce, à interpréter comme équivalant à *la part variable* de *l'Abschlussgratifikation.*

C'est par ailleurs au regard de cette interprétation que l'employeur soutient avoir rempli ses obligations contractuelles envers l'appelant en ce qu'il lui a fait parvenir la part variable de l'*Abschlussgratifikation.*

L'appelant soutient cependant que l'information donnée par l'employeur dans ses messages électroniques du mois de mars 2009 *individualvertragliche Zusagen von Zahlungen für das Geschäftsjahr 2008 werden erfüllt* lui donnerait le droit de toucher en plus de la *Mehrarbeitsvergütung* une *Sondergratifikation*. Ce moyen n'est pas fondé dès lors que la *Mehrarbeitsvergütung* englobe la part variable de la gratification et que l'appelant ne faisait pas partie des employés auxquels l'employeur avait accordé une garantie individuelle qu'il toucherait un bonus individualisé en 2008.

En effet, la disposition conventionnelle selon laquelle la *Sondergratifikation* est à fixer en tenant notamment compte *individuell nach Leistungsgesichtpunkten* ne lui donne pas de garantie individuelle, cette clause s'appliquant à l'ensemble des salariés non conventionnés.

L'appelant est cependant en droit d'exiger l'exécution de la clause conventionnelle selon laquelle la *Sondergratifikation* est déterminée en tenant compte d'une part de la *Ertragslage der SOC.2.)* et d'autre part de *individuelle Leistungsgesichtpunkten.*

Le fait qu'il a touché une gratification spéciale durant les années 2004 à 2007 ne lui donne aucun droit acquis à pouvoir toucher une telle gratification pour l'année 2008 dès lors que son existence même dépend de critères fixes, mais par essence variables conventionnellement prévus entre parties.

Les développements de l'appelant selon lesquels il y aurait eu de ce fait un usage général, constant et fixe liant l'employeur et l'obligeant à verser une telle gratification sont à écarter dès lors que les critères propres à caractériser cet usage ne sont relevants que pour autant que le contrat de travail ne prévoit aucune disposition spécifique relative au versement de cet avantage extra-légal.

La détermination de la gratification spéciale dépend de deux critères non autrement spécifiés. C'est à bon droit que l'intimée soutient que le contrat ne prévoit aucune règle de calcul précise, aucun montant minimum, aucune grille, aucun coefficient qui permettraient de déterminer la consistance du bonus variable.

Le tribunal du travail en a conclu que *le requérant a marqué son accord sur ce que la défenderesse conserve un droit discrétionnaire en ce qui concerne le montant à lui allouer du chef de la partie variable de la gratification spéciale.*

Les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et doivent être exécutées de bonne foi.

Même en présence d'une clause à tout le moins non précise, il ne saurait être question pour l'un des contractants de verser dans le discrétionnaire, l'autre partie ayant le droit de connaître non seulement les critères précis, mais encore la façon dont ils sont mis en pratique, à la base de la gratification accordée.

Il convient tout d'abord de retenir que cette gratification est dépendante de la *Ertragslage* de la SOC.2.).

Le tribunal du travail a notamment retenu, en se référant à un courrier du 18 février 2009 adressé aux salariés de la SOC.3.) et de la SOC.2.) qu'il y a lieu de tenir compte de la *situation financière globale des deux banques* pour justifier le non-versement d'un bonus pour l'année 2008. Il est certes vrai que le message électronique du 18 février 2009 provient de deux responsables de la SOC.3.) et non pas de la SOC.2.). Cependant, les responsables de la SOC.2.) se réfèrent dans leurs messages électroniques des 26 et 27 mars 2009 aux raisons développées dans le courriel du 18 février 2009 pour justifier le non-versement d'un bonus.

Les moyens avancés par l'employeur pour justifier le non - paiement d'un bonus sont cependant à écarter dès lors d'une part qu'il n'y a conventionnellement lieu de ne tenir compte que de la *Ertragslage* de la SOC.2.) et d'autre part que la fusion entre les deux banques - il y a eu fusion- absorption de la SOC.2.) par la SOC.1.) - n'a été réalisée qu'au mois d'avril 2010.

La gratification spéciale est encore dépendante d'*individuelle Leistungsgesichtspunkten* non autrement précisés. Aucune des parties ne fournit de précisions quant aux critères appliqués par la banque à l'occasion de l'évaluation de la performance individuelle du salarié. Ce dernier renvoie au certificat de travail lui délivré par l'employeur à la fin des relations de travail pour souligner que ce dernier y fait effectivement état de sa satisfaction quant aux prestations de travail de son salarié démissionnaire.

Aucune des parties ne fournit d'explications concrètes quant aux méthodes ayant conduit à la détermination de la *Sondergratifikation* versée à l'appelant durant les années 2004 à 2007.

Face à ce manque évident de transparence, la Cour a le choix soit d'instituer une mesure d'instruction, soit de s'en tenir aux données dont elle dispose pour en tirer les conclusions adéquates.

Aucune des parties ne sollicite l'institution d'une expertise comptable aux fins de rechercher sur base des informations et pièces à mettre à la disposition de l'expert la façon dont a été déterminé le montant de la gratification spéciale accordée à l'appelant.

La Cour estime inopportun de recourir à cette mesure d'instruction dont le coût dépasserait certainement l'enjeu du litige et dont il n'est pas certain que les résultats seraient probants.

Elle s'en tient partant aux données objectives en sa possession.

L'appelant produit un message électronique du 18 décembre 2008 aux termes duquel *« Für das Kalenderjahr 2008 wird ein SOC.2.)-Gesamt-Bonusvolumen in Höhe von 100% des Bonusvolumens 2007- angepasst an den Mitarbeiterstab 2008 - zugesagt. Die Festsetzung der individuellen Bonusbeträge erfolgt wie in den vergangenen Jahren leistungsabhängig »*.Il émane de deux administrateurs de la SOC.2.). Le volume global alloué en 2007 n'est pas établi. La variation du nombre du personnel d'une année sur l'autre n'est pas révélée.

La banque a réalisé en 2004 un bénéfice de plus de 154 millions € et le salarié a touché à l'époque une gratification spéciale de 23.000 €. En 2005, le bénéfice de la banque se chiffrait à près de 132 millions € et la gratification s'est élevée à 23.000 € à laquelle s'est encore ajoutée la somme de 7.000 € (*einmalige Sonderzahlung*) .Le bénéfice s'est chiffré en 2006 à près de 170 millions € et la gratification à 24.700 €. Le bénéfice de 2007 est tombé à 62 millions €, la gratification a cependant été fixée à 26.550 €. Le bénéfice en 2008 s'est élevé à plus de 317 millions €.

L'intimée sans prendre plus précisément position quant aux chiffres admet que la banque a fait des bénéfices au titre de l'année 2008 et que les performances de l'appelant étaient *satisfaisantes*. (conclusions du 21 avril 2011, page 5)

La diminution du bonus accordé par la banque en 2009 pour l'exercice 2008 semble s'expliquer par la future collaboration entre la DBL et la Commerzbank qui, à terme, a conduit à la fusion-absorption du 1er avril 2010. Il ne saurait pas non plus être contesté que le système bancaire mondial était ébranlé depuis le 15 septembre 2008.

La comparaison entre le résultat annuel net de la banque et la gratification allouée est tout au plus indicative. Elle n'a pas valeur absolue, mais permet à tout le moins de retenir que cette gratification a légèrement augmenté d'année en année et cela même en 2007, exercice au cours duquel le bénéfice net de la banque a fortement chuté par rapport aux exercices précédents.

Le bénéfice de 2008 a été de loin le plus imposant des cinq derniers exercices. La Cour renvoie à un passage du message électronique du 18 février 2009 dont la teneur a été reprise dans les messages électroniques de mars 2009 censé justifier le non - paiement d'un bonus pour 2008 : Après avoir rappelé que la SOC.3.) accusera pour 2008 *ein operatives Ergebnis von minus 378 Millionen Euro*, le message poursuit : *Für die SOC.2.) gehen die Markterwartungen ebenfalls von einem negativen Ergebnis aus*.

L'appelant réclame pour cet exercice une part variable de 28.670 €.

Même si le critère déterminant pour la fixation de la gratification spéciale résidait dans *la Ertragslage de la SOC.2.),* la Cour ne saurait décemment faire abstraction du contexte économique et financier ayant prévalu au moment de la fixation de la part variable de la rémunération de l'ensemble du personnel de la SOC.2.). L'évolution incertaine des marchés financiers en 2009, ensemble les efforts nécessaires à réaliser par les banques pour faire face aux défis de l'avenir incertain devaient également inciter leur personnel à faire preuve d'un peu de modération dans ses revendications salariales.

La Cour fixe dès lors en équité la part devant revenir à B.) du chef de gratification spéciale pour l'exercice 2008 à la somme de 20.000 €. Ayant d'ores et déjà touché le montant de 5.926,61€, sa créance à l'égard de la banque se chiffre à 14.073.39 €.

L'appel est dès lors partiellement fondé.

Les deux parties réclament une indemnité de procédure qu'il n'y a cependant pas lieu de leur accorder étant donné que chacune d'elles reste en défaut de justifier de l'iniquité prévue à l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS:

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

reçoit l'appel,

le dit partiellement fondé,

réformant:

condamne la société anonyme SOC.1.) S.A. à payer à B.) à titre de solde de la gratification spéciale pour l'exercice 2008 la somme de 14.073,39 € avec les intérêts légaux à courir du jour de la demande en justice jusqu'à solde,

rejette les demandes en indemnité de procédure,

fait masse des frais et dépens des deux instances et les impose pour moitié à chacune des parties avec distraction de ceux exposés en appel au profit des avocats constitués, sur leurs affirmations de droit.