

1 avril 2015

Cour de cassation

Pourvoi n° 13-26.706

Chambre sociale

ECLI:FR:CCASS:2015:SO00599

Texte de la décision

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Vu la connexité, joint les pourvois X 13-26. 706 et C 13-27. 516 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X... a été engagé par la Société générale à compter du 23 avril 2001 et exerçait en dernier lieu les fonctions de responsable du « trading option de change » et du « Market Making Spot » chargé des opérations de couverture de change ; que sa rémunération était composée d'une partie fixe et d'une part variable comprenant d'une part un « bonus » fixé, selon la lettre d'embauche, de façon discrétionnaire par la hiérarchie et d'autre part, des « primes de fidélité » différées attribuées soit en numéraire, indexé sur le cours de l'action Société générale, soit en actions gratuites sur deux ou trois échéances, au mois de mars des années suivantes, ces « bonus » et primes étant subordonnés à une condition de présence dans l'entreprise à la date de paiement ; que par courrier du 2 février 2009, l'employeur lui a notifié un blâme ; qu'il a alors saisi la juridiction prud'homale pour obtenir l'annulation de cette sanction et le paiement de sa rémunération variable au titre de l'année 2008 ; qu'il a été licencié par lettre du 2 décembre 2009 et a sollicité, devant la juridiction prud'homale la condamnation de la Société générale à lui payer diverses sommes à titre d'indemnités de rupture, de rappel de salaires et de dommages et intérêts ;

Sur le premier moyen du pourvoi de l'employeur :

Attendu que la Société générale fait grief à l'arrêt de dire le licenciement sans cause réelle et sérieuse et de la condamner au paiement de diverses sommes à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, de solde d'indemnité légale de licenciement, de dommages et intérêts en réparation du préjudice moral lié au caractère vexatoire du licenciement, et d'ordonner le remboursement à Pôle emploi des indemnités de chômage versées au salarié, alors, selon le moyen :

1°/ que si la lettre de licenciement fixe les limites du litige en ce qui concerne les griefs articulés à l'encontre du salarié et les conséquences que l'employeur entend en tirer quant aux modalités de la rupture, il appartient au juge de qualifier les faits invoqués ; qu'aucun texte n'impose à l'employeur d'indiquer dans la lettre de licenciement la qualification juridique des griefs reprochés au salarié ; qu'en se fondant, pour faire droit aux demandes du salarié, sur le motif inopérant selon lequel « les termes de la lettre de licenciement entretiennent sciemment une confusion quant au caractère disciplinaire ou non du licenciement ce qui, en soit, suffit à priver le licenciement de cause réelle et sérieuse, le salarié ne pouvant déterminer avec exactitude ce qui lui est reproché », la cour d'appel a violé les articles L. 1232-1, L. 1232-6 et L. 1235-1 du code du travail ;

2°/ que la procédure de rupture du contrat de travail prévue par l'article 26 de la convention collective nationale de la Banque est applicable dans l'hypothèse d'un licenciement « pour motif non-disciplinaire » ; que constitue un motif de licenciement à caractère non-disciplinaire le grief fait au salarié tenant à son comportement réfractaire perturbant le bon

fonctionnement de l'entreprise, ou à sa divergence de vue avec la direction ayant entraîné un climat délétère perturbant le fonctionnement de l'entreprise ; qu'à l'appui du licenciement il était reproché au salarié son attitude réfractaire à l'égard de la banque, consécutivement à un conflit interne relatif au montant de ses bonus, compromettant « la sérénité indispensable à une collaboration efficace » et perturbant le fonctionnement de l'entreprise ; que ce manquement était constitutif d'une cause réelle et sérieuse de licenciement pour un motif non-disciplinaire ; qu'en retenant au contraire que la lettre de licenciement présentait un caractère disciplinaire-pour lui reprocher de ne pas avoir appliqué la procédure de l'article 27 de la convention collective de la Banque-, la cour d'appel a violé les articles L. 1232-1, L. 1232-6 et L. 1235-1 du code du travail, ensemble l'article 26 de la convention collective nationale de la Banque ;

3°/ qu'en qualifiant de « disciplinaires » les griefs reprochés au salarié dans la lettre de licenciement-pour déduire l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement pour non-respect de la procédure de l'article 27 de la convention collective nationale de la Banque-sans analyser les griefs faits à l'intéressé dans la lettre de licenciement, sans relever en quoi ils constituaient des reproches tenant à l'accomplissement volontaire de sa part de fautes, et sans même préciser lesdites fautes, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1232-1, L. 1232-6 et L. 1235-1 du code du travail, ensemble les articles 26 et 27 de la convention collective nationale de la Banque ;

4°/ que l'employeur, à condition de respecter les règles de procédure applicables à chaque cause de licenciement, peut invoquer dans la lettre de licenciement des motifs différents de rupture inhérents à la personne du salarié dès lors qu'ils procèdent de faits distincts ; qu'en l'espèce, en se bornant à relever qu'une partie des motifs invoqués à l'appui du licenciement présentait un caractère disciplinaire pour juger la rupture irrégulière, sans rechercher si - tel que soutenu par l'exposante - la Société générale n'avait pas également invoqué dans la lettre de licenciement des motifs de licenciement à caractère non-disciplinaire susceptibles en soi de justifier le licenciement dès lors que la procédure de l'article 26 de la convention collective de la banque, relative au licenciement non-disciplinaire, a été respectée, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé les articles L. 1232-1, L. 1232-6 et L. 1235-1 du code du travail ;

Mais attendu que si la lettre de licenciement fixe les limites du litige en ce qui concerne les griefs articulés à l'encontre du salarié et les conséquences que l'employeur entend en tirer quant aux modalités de rupture, il appartient au juge de qualifier les faits invoqués ;

Et attendu qu'après avoir relevé que la lettre de licenciement énonçait comme motifs un comportement du salarié destiné à alimenter une polémique incessante sur le bien-fondé de la sanction et sur le montant de la partie variable de sa rémunération au titre de l'année 2008 ainsi qu'un véritable procès d'intention fait à la banque sur de prétendues menaces ou pressions, la volonté du salarié de tenter de déstabiliser sa hiérarchie ou encore la mise en place délibérée d'un climat insoutenable pour acculer son employeur à une négociation, ce dont elle a pu déduire que le licenciement avait été prononcé pour des motifs disciplinaires, la cour d'appel a retenu, à bon droit, que le non-respect par l'employeur de la procédure prévue par l'article 27 de la convention collective quant à l'information qui doit être donnée au salarié licencié sur la faculté qu'il a de saisir soit la commission paritaire de recours interne à l'entreprise, soit la commission paritaire de la banque, s'analysait en une violation d'une garantie de fond ayant pour effet de priver le licenciement de cause réelle et sérieuse ; qu'elle a, par ces seuls motifs, sans avoir à procéder à une recherche que ces constatations rendaient inopérantes, légalement justifié sa décision ;

Sur le deuxième moyen du pourvoi de l'employeur :

Attendu que la Société générale fait grief à l'arrêt de la condamner à payer diverses sommes au titre de la prime de fidélité pour les années 2006, 2008 et 2009 et à titre de dommages et intérêts pour la perte de chance d'acquérir des actions gratuites au titre des exercices 2007, 2008 et 2009, alors selon le moyen :

1°/ que par application de l'article 625 du code de procédure civile, la cassation du chef de dispositif retenant l'absence de caractère réel et sérieux du licenciement entraînera, par voie de conséquence, la cassation des chefs de dispositifs la condamnant au paiement des sommes de 12 800 euros bruts au titre de la prime de fidélité 2006, 192 000 euros au titre de la prime de fidélité 2008, 104 000 euros au titre de la prime de fidélité 2009, 60 000 euros à titre de dommages et intérêts pour perte de chance de se voir attribuer 2 839 actions gratuites au titre de l'exercice

2007, 70 000 euros à titre de dommages et intérêts pour perte de chance de se voir attribuer 6 489 actions gratuites au titre de l'exercice 2008, et de 50 000 euros à titre de dommages et intérêts pour perte de chance d'acquérir des actions gratuites au titre de l'exercice 2009 ;

2°/ que lorsqu'elle est payée en vertu d'un engagement unilatéral, une prime constitue un élément de salaire et est obligatoire pour l'employeur dans les conditions fixées par cet engagement ; que l'employeur qui instaure une prime de manière discrétionnaire, peut en conséquence librement soumettre le versement de cette prime à une condition de présence du salarié dans les effectifs de l'entreprise à une date déterminée ; que c'est précisément le cas s'agissant de primes dites de « fidélité » dont l'objet même est de récompenser la présence du salarié à une certaine date ; que la condition de présence constitue en effet la condition première de ce type de clauses ; qu'en l'espèce, lors de l'octroi unilatéral et discrétionnaire au salarié de la prime de fidélité 2006, 2008 et 2009, elle a conditionné le versement de ces primes à la présence du salarié dans ses effectifs au jour de leur paiement ; qu'aussi en faisant droit aux demandes de rappels de prime de fidélité 2006, 2008 et 2009, cependant qu'il ressortait de ses propres constatations que le salarié ne remplissait précisément pas la condition unilatéralement posée tenant à sa présence dans ses effectifs au jour du paiement de ces primes, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé les articles L. 1221-1 du code du travail et 1134 du code civil ;

3°/ que pour la même raison, la clause d'attribution d'actions n'est pas due lorsqu'elle vise également à récompenser la fidélité ou la présence du salarié à une date donnée, et que ledit salarié n'était plus dans l'entreprise à la date en question ; qu'en décidant le contraire pour la condamner au paiement de dommages-intérêts pour perte de chance de se voir attribuer des actions gratuites au titre des exercices 2007, 2008 et 2009, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil ;

Mais attendu d'abord que la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement ;

Attendu ensuite que le salarié qui n'a pu, du fait de son licenciement sans cause réelle et sérieuse, recevoir les actions gratuites qui lui avaient été attribuées de manière différée, subit nécessairement un préjudice qui doit être réparé ;

Et attendu qu'ayant relevé que l'employeur, qui, d'une part, s'était engagé en 2006, 2007 et 2008 au paiement différé de primes de fidélité, et d'autre part, avait attribué au salarié en 2007, 2008 et 2009 des actions gratuites acquises respectivement en mars 2011, mars 2012 et mars 2013, sous condition de présence lors du paiement et de l'acquisition, avait licencié sans cause réelle et sérieuse le salarié, la cour d'appel en a exactement déduit que les primes étaient dues et que ce dernier devait être indemnisé pour la perte de chance de pouvoir recevoir les actions gratuites ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen du pourvoi de l'employeur :

Attendu que la Société générale fait grief à l'arrêt de dire que le salarié avait droit à un complément de rémunération variable au titre des bonus pour les années 2008 et 2009 et d'ordonner avant-dire droit une expertise, alors, selon le moyen :

1°/ que le contrat de travail peut prévoir, en plus de la rémunération fixe, l'attribution d'une prime laissée à la libre appréciation de l'employeur ; que sauf taux convenu, l'évolution d'une telle prime discrétionnaire est laissée à discrétion de l'employeur ; que la cour d'appel a constaté que les primes dites de rémunération variable 2008 et 2009 présentaient un tel caractère exceptionnel et discrétionnaire ; qu'en se fondant néanmoins sur une série de documents-dépourvus de valeur contractuelle ou légale et ne constituant pas un engagement unilatéral-pour ordonner une expertise et désigner un expert avec la mission de déterminer le système de rémunération variable institué au sein du département SGCIB de la Société générale, notamment pour les années 2008 et 2009, ainsi que les critères d'attribution des bonus et l'assiette et le taux de « pay out » pour les années 2008 et 2009, cependant que du fait précisément du caractère exceptionnel de ces bonus-ne reposant sur aucune norme ou engagement-elle était libre de fixer discrétionnairement leur montant et ne pouvait être contrainte de leur appliquer un taux de majoration, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs et violé les articles

16, 88, 91 et 568 du code de procédure civile ;

2°/ que les primes ou gratifications versées par l'employeur constituent un usage d'entreprise lorsqu'elles réunissent les trois critères de généralité, constance et fixité ; qu'en conséquence le paiement d'une prime exceptionnelle est obligatoire pour l'employeur lorsque son versement et son mode de calcul résultent d'un usage répondant à des caractères de généralité, constance et fixité ; qu'en retenant, pour ordonner une expertise et désigner un expert avec la mission de déterminer le système de rémunération variable institué au sein du département SGCIIB de la Société générale, que le montant de ces primes discrétionnaires pouvait être augmenté par application d'un taux dit de « pay out » sans constater l'existence d'un « usage » remplissant les critères de généralité, constance et de fixité, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs et violé les articles 16, 88, 91 et 568 du code de procédure civile ;

3°/ qu'en ordonnant une expertise et en désignant un expert avec la mission de déterminer le système de rémunération variable institué au sein du département SGCIIB de la Société générale motifs pris de ce que le montant de ces primes discrétionnaires pouvait être augmenté par application d'un taux dit de « pay out », sans tenir compte des écritures démontrant qu'un tel « pay out » était en toute hypothèse impossible en 2008 compte tenu des résultats fortement déficitaires (-953 millions d'euros) du département FICC (Direction des taux, changes, matières premières et crédits), la cour d'appel a excédé ses pouvoirs et violé les articles 16, 88, 91 et 568 du code de procédure civile ;

Mais attendu que la cour d'appel a relevé, d'une part, que la lettre d'embauche prévoyait le versement d'un bonus dont le montant était fixé de façon discrétionnaire par l'employeur, et d'autre part, que par courriers du 24 avril 2008, l'employeur s'était engagé à verser au titre de l'année 2008 un bonus au moins égal à 866 000 euros payable au mois de mars 2009 et au titre de l'année 2009 un bonus au moins égal à 541 000 euros payable au mois de mars 2010, ce qui n'excluait toutefois pas un montant supérieur en fonction notamment des performances du secteur d'activité et du salarié ; qu'elle en a exactement déduit que ces bonus constituaient, non pas une gratification bénévole, mais un élément de la rémunération variable du salarié ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le moyen unique du pourvoi du salarié :

Vu les articles L. 1234-5, L. 1234-9, L. 1235-3 et L. 3141-22 du code du travail ;

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande en paiement d'un complément d'indemnité compensatrice de préavis et d'indemnité légale de licenciement et limiter à 200 000 euros le montant des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient que les bonus au titre des années 2008 et 2009 prévus par la lettre d'embauche et les courriers du 24 avril 2008, sont des gratifications discrétionnaires qui ne peuvent s'intégrer au salaire de base pour le calcul des indemnités dues au titre de la rupture ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que les bonus prévus par la lettre d'embauche et les lettres du 24 avril 2008, étaient en réalité attribués périodiquement et constituaient des éléments de la rémunération variable du salarié, quand bien même leur montant était fixé de manière discrétionnaire par l'employeur, ce dont elle aurait dû déduire qu'ayant le caractère de salaire ils devaient être pris en compte dans l'assiette de calcul des indemnités de rupture et de l'indemnité minimale due en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déboute le salarié de sa demande en paiement d'un complément d'indemnité compensatrice de préavis, congés compris, et d'indemnité légale de licenciement et en ce qu'il limite à 200 000 euros le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt rendu le 2 octobre 2013, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles, autrement composée ;

Condamne la Société générale aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la Société Générale à payer à M. X... la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du premier avril deux mille quinze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt.

Moyens produits au pourvoi n° X 13-26. 706 par la SCP Célice, Blancpain, Soltner et Texidor, avocat aux Conseils, pour la Société générale.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que le licenciement de Monsieur X... était sans cause réelle et sérieuse, d'AVOIR condamné la SOCIETE GENERALE à payer à Monsieur X... les sommes de 200. 000 € à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, de 1. 742, 61 € au titre du solde de l'indemnité légale de licenciement, et de 20. 000 € en réparation d'un préjudice moral lié au caractère vexatoire du licenciement, et d'AVOIR ordonné le remboursement par la SOCIÉTÉ GÉNÉRALE à Pôle Emploi des indemnités de chômage versées au salarié à concurrence de six mois ;

AUX MOTIFS QUE « pour estimer ce licenciement sans cause réelle et sérieuse, le conseil de prud'hommes a relevé que l'employeur s'était borné à énumérer des contestations du salarié s'inscrivant dans un litige, sans démontrer le caractère fautif de l'opposition exprimée par l'intéressé et que faire valoir ses droits en justice ne peut constituer une faute, non plus que la stratégie adoptée par M. X... pour les faire valoir. Toutefois, outre les arguments de fond déjà présentés en première instance, le salarié invoque préalablement devant la cour, plusieurs arguments de forme tenant au non-respect par l'employeur des dispositions de la convention collective de la banque relatives au motif du licenciement et à la procédure de licenciement. Les articles 26, 27 et 28 de la convention collective prévoient limitativement et respectivement 3 cas de licenciement : motif non disciplinaire (insuffisance professionnelle), motif disciplinaire (faute) et motif économique. Or en l'espèce, la cour constate que les termes de la lettre de licenciement entretiennent sciemment une confusion quant au caractère disciplinaire ou non du licenciement de M. X... ce qui, en soit, suffit à priver le licenciement de cause réelle et sérieuse, le salarié ne pouvant déterminer avec exactitude ce qui lui est reproché. En effet, si la lettre de licenciement liant l'employeur fait état de griefs semblant relever du motif disciplinaire, il convient toutefois de noter qu'en informant M. X... de la faculté dont il disposait de solliciter la révision de cette décision, la Société Générale s'est délibérément placée sur le terrain non disciplinaire dès lors que la révision de la décision de licenciement n'est prévue que par l'article 26-1 de la convention collective se rapportant au seul motif d'insuffisance professionnelle. Cette volonté de se placer sur le terrain non disciplinaire, alors pourtant qu'aucun élément de la procédure ni aucune pièce du dossier n'évoque une quelconque insuffisance professionnelle de M. X..., est d'ailleurs corroborée par l'attestation Pôle Emploi établie le 7 avril 2010 dans laquelle l'employeur a mentionné, comme motif de licenciement : 'insuffisance professionnelle'. Ayant toutefois choisi d'exposer dans la lettre de licenciement des motifs constitutifs de la faute disciplinaire, il appartenait à la Société Générale d'informer le salarié qu'en application des dispositions de l'article 27 de la convention collective, ce dernier disposait d'un délai de 5 jours calendaires pour, s'il le souhaitait, saisir par LRAR soit la commission paritaire de recours interne à l'entreprise, soit la commission paritaire de la banque. Le non-respect par l'employeur de la procédure conventionnelle quant à l'exactitude de l'information donnée au salarié licencié de sa faculté de saisir un organisme chargé de donner un avis sur son licenciement, s'analyse en une violation d'une garantie de fond ayant pour effet de priver le licenciement de cause réelle et sérieuse, sans qu'il soit nécessaire d'aborder au fond les motifs énoncés à la lettre de licenciement. C'est donc tout à fait vainement que l'employeur prétend qu'il ne peut lui être reproché de n'avoir visé que l'article 26 de la convention collective lequel, selon lui, s'appliquerait non seulement au cas d'insuffisance professionnelle mais également à différentes situations qui se présentent', qu'il ne cite d'ailleurs pas et qui ne revêtent pas un caractère disciplinaire, dès lors que l'alinéa 2 de l'article

26 dispose très précisément que 'le licenciement pour motif non disciplinaire est fondé sur un motif objectif et établi d'insuffisance professionnelle'. Le jugement sera en conséquence, mais par substitution de motifs, confirmé en ce qu'il a estimé le licenciement de M. X... comme étant dépourvu de cause réelle et sérieuse » ;

ALORS, D'UNE PART, QUE si la lettre de licenciement fixe les limites du litige en ce qui concerne les griefs articulés à l'encontre du salarié et les conséquences que l'employeur entend en tirer quant aux modalités de la rupture, il appartient au juge de qualifier les faits invoqués ; qu'aucun texte n'impose à l'employeur d'indiquer dans la lettre de licenciement la qualification juridique des griefs reprochés au salarié ; qu'en se fondant, pour faire droit aux demandes du salarié, sur le motif inopérant selon lequel « les termes de la lettre de licenciement entretiennent sciemment une confusion quant au caractère disciplinaire ou non du licenciement de M. X... ce qui, en soit, suffit à priver le licenciement de cause réelle et sérieuse, le salarié ne pouvant déterminer avec exactitude ce qui lui est reproché », la cour d'appel a violé les articles L. 1232-1, L. 1232-6 et L. 1235-1 du code du travail ;

ALORS, D'AUTRE PART, QUE la procédure de rupture du contrat de travail prévue par l'article 26 de la convention collective nationale de la Banque est applicable dans l'hypothèse d'un licenciement « pour motif non-disciplinaire » ; que constitue un motif de licenciement à caractère non-disciplinaire le grief fait au salarié tenant à son comportement réfractaire perturbant le bon fonctionnement de l'entreprise, ou à sa divergence de vue avec la direction ayant entraîné un climat délétère perturbant le fonctionnement de l'entreprise ; qu'à l'appui du licenciement de Monsieur X... il lui était reproché son attitude réfractaire à l'égard de la banque, consécutivement à un conflit interne relatif au montant de ses bonus, compromettant « la sérénité indispensable à une collaboration efficace » et perturbant le fonctionnement de l'entreprise ; que ce manquement était constitutif d'une cause réelle et sérieuse de licenciement pour un motif non-disciplinaire ; qu'en retenant au contraire que la lettre de licenciement présentait un caractère disciplinaire-pour reprocher à la SOCIETE GENERALE de ne pas avoir appliqué la procédure de l'article 27 de la convention collective de la Banque-, la cour d'appel a violé les articles L. 1232-1, L. 1232-6 et L. 1235-1 du code du travail, ensemble l'article 26 de la convention collective nationale de la Banque ;

ALORS, DE TROISIEME PART, QU'en qualifiant de « disciplinaires » les griefs reprochés au salarié dans la lettre de licenciement-pour déduire l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement pour non-respect de la procédure de l'article 27 de la convention collective nationale de la Banque-sans analyser les griefs faits à l'intéressé dans la lettre de licenciement, sans relever en quoi ils constituaient des reproches tenant à l'accomplissement volontaire de sa part de fautes, et sans même préciser lesdites fautes, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1232-1, L. 1232-6 et L. 1235-1 du code du travail, ensemble les articles 26 et 27 de la convention collective nationale de la Banque ;

ALORS, ENFIN DE QUATRIEME PART ET A TITRE SUBISIDIAIRE, QUE l'employeur, à condition de respecter les règles de procédure applicables à chaque cause de licenciement, peut invoquer dans la lettre de licenciement des motifs différents de rupture inhérents à la personne du salarié dès lors qu'ils procèdent de faits distincts ; qu'en l'espèce, en se bornant à relever qu'une partie des motifs invoqués à l'appui du licenciement présentait un caractère disciplinaire pour juger la rupture irrégulière, sans rechercher si ç tel que soutenu par l'exposante ç la SOCIETE GENERALE n'avait pas également invoqué dans la lettre de licenciement des motifs de licenciement à caractère non-disciplinaire susceptibles en soi de justifier le licenciement dès lors que la procédure de l'article 26 de la convention collective de la banque, relative au licenciement non-disciplinaire, a été respectée, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé les articles L. 1232-1, L. 1232-6 et L. 1235-1 du Code du travail.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la SOCIETE GENERALE à payer à Monsieur X... les sommes de 12. 800 ç bruts au titre de la prime de fidélité 2006, 192. 000 ç au titre de la prime de fidélité 2008, 104. 500 ç au titre de la prime de fidélité 2009, 60. 000 ç à titre de dommages et intérêts pour perte de chance de se voir attribuer 2. 839 actions gratuites au titre de l'exercice 2007, 70. 000 ç à titre de dommages et intérêts pour perte de chance de se voir attribuer 6. 489 actions gratuites au titre de l'exercice 2008, et de 50. 000 ç à titre de dommages et intérêts pour perte de chance d'acquérir des actions gratuites au titre de l'exercice 2009 ;

AUX MOTIFS QUE « Par courrier du 24 avril 2008, l'employeur a informé M. X... qu'il était susceptible de percevoir, au titre de l'exercice 2008, 2 primes de fidélité d'un montant de 96 999 € chacune, les 31 mars 2011 et 31 mars 2012, totalement discrétionnaires dans leurs montants et principe, qui seront investies dans des supports d'investissement SG tracking product et dont les montants pourront être diminués ou augmentés en fonction de la performance du ou des supports dont s'agit. Puis par un autre courrier du 30 juin 2009, la Société Générale a informé M. X... que les modalités d'attribution de ces primes étaient modifiées pour prendre la forme d'une somme brute de 192 000 € attribuable le 31 mars 2012 sous réserve qu'à cette date, ni le salarié ni l'entreprise n'ait pris l'initiative de rompre le contrat de travail, sauf en cas de procédure de licenciement pour motif économique, et que le contrat de travail ne soit pas suspendu sauf en cas de maladie ou accident du travail. Par courrier du 24 avril 2008, l'employeur a informé M. X... qu'il était susceptible de percevoir, au titre de l'exercice 2009, 2 primes de fidélité d'un montant de 52 250 € chacune les 31 mars 2012 et 31 mars 2013, totalement discrétionnaires dans leurs montants et principe, qui seront investies dans un ou plusieurs supports d'investissement SG tracking product ou tout autre produit choisi par l'entreprise, à condition qu'à ces dates, ni M. X... ni la Société Générale n'ait pris l'initiative de rompre le contrat de travail, sauf en cas de procédure pour licenciement économique, et que le contrat ne soit pas suspendu, sauf en cas de maladie ou accident du travail. C'est à tort que pour s'opposer au paiement de ces primes, l'employeur invoque l'absence de M. X... au sein de l'entreprise aux dates prévues de leur versement suite au licenciement du salarié. En effet, ces bonus différés qui sont acquis au titre des exercices écoulés et entièrement travaillés, et non au titre des exercices futurs, il importe peu que leur paiement intervienne après le départ du salarié de l'entreprise étant en outre rappelé qu'en application des dispositions de l'article 1178 du code civil, la condition de présence de M. X... est réputée accomplie dès lors qu'en procédant à son licenciement de manière infondée, la Société Générale en a empêché l'accomplissement. Le jugement qui reprenait la thèse de l'employeur sera en conséquence infirmé et il sera alloué à M. X..., les sommes respectives de 192 000 € et 104 500 € au titre des primes de fidélité. Sur les primes de fidélité 2006 Au titre de l'année 2006, l'employeur a informé M. X... par courrier du 26 mars 2007, qu'il était susceptible de percevoir 2 primes de fidélité discrétionnaires, d'un montant brut respectif de 16 000 € les 31 mars 2009 et 31 mars 2010, susceptibles d'être investis dans un ou plusieurs SG tracking products ou tout autre produit choisi par l'employeur, à la condition qu'à ces dates, ni lui ni l'entreprise n'aient pris l'initiative de rompre le contrat de travail, sauf en cas de procédure de licenciement pour motif économique et que le contrat de travail ne soit pas suspendu, sauf en cas de maladie ou accident du travail. Il était en outre stipulé que ces montants pourraient évoluer en fonction de la clause d'indexation et du type d'investissement choisi. M. X... indique que seule la première partie de cette prime lui a été versée en mars 2009. Pour les mêmes raisons que ci-dessus, il sera fait droit à la demande de M. X... en paiement de la somme de 12 800 € brut (correspondant à 80 % du nominal de la prime définie en 2007 compte tenu de l'indexation appliquée) au titre de la seconde partie de la prime de fidélité, improprement qualifiée d'actions gratuites dans le dispositif des écritures de l'appelant. Sur les attributions gratuites d'actions :- au titre de l'exercice 2007 : M. X... indique que par courrier du 21 mars 2008, l'employeur lui a attribué 5383 actions gratuites Société Générale, acquises au 31 mars 2010 pour 50 % d'entre elles (2 692 actions) et au 31 mars 2011 pour les autres (2691 actions). Ultérieurement, ainsi qu'il ressort du relevé Nominet produit par le salarié, le nombre de ces actions a été porté à 5678 (soit 2 x 2839) avec toutefois les mêmes dates d'acquisition un soutien de sa demande en condamnation de la Société Générale à lui payer la somme de 135 391, 91 € correspondant aux 2 839 actions dues à la date du 31 mars 2010 au cours de 47, 69 € l'action, c'est à tort que M. X... allègue que cette somme doit être considérée comme ayant le caractère d'un salaire. En effet, si le contrat de travail stipule l'attribution d'actions au titre de l'un des éléments de la rémunération, les actions ne peuvent cependant être qualifiées de salaire. En revanche, la circonstance qu'il n'ait pu acquérir ces actions en raison d'un licenciement infondé constitue un préjudice résultant de la perte d'une chance de se voir attribuer des actions gratuites. Il sera alloué à M. X..., à titre de dommages et intérêts une somme de 60 000 €.- au titre de l'exercice 2008. Par courrier du 24 avril 2008, l'employeur a informé M. X... qu'il était susceptible de bénéficier en janvier 2009 de l'attribution d'actions gratuites Société Générale pour un montant de 192 000 € sous diverses conditions et réserves cumulatives notamment, que ni le salarié ni l'entreprise n'ait pris l'initiative de rompre le contrat de travail sauf en cas de procédure de licenciement pour motif économique et que le contrat de travail ne soit pas suspendu, sauf en cas de maladie ou accident du travail. Il était en outre stipulé que ces actions étaient acquises pour 50 % à l'issue d'un délai de 2 ans et pour 50 % à l'issue d'un délai de 3 ans, à compter de leur attribution. Ultérieurement, par courrier du 20 janvier 2009, l'employeur indiquait à M. X... que lui étaient attribuées 6 152 actions gratuites Société Générale qui lui seraient acquises au 31 mars 2012 sous réserve que son contrat de travail n'ait pas pris fin à cette date. Ensuite, et ainsi qu'il résulte du relevé Nominet, les actions initiales ont augmenté en nombre pour atteindre celui de 6 489. Il sera, pour le même motif que celui exposé précédemment, alloué à M. X... une somme de 70 000 € en réparation du préjudice résultant de la perte d'une chance d'acquérir ces actions gratuites.- au titre de l'exercice

2009 : Par courrier du 24 avril 2008, l'employeur a informé M. X... qu'il était susceptible de bénéficier en janvier 2010 de l'attribution d'actions gratuites Société Générale pour un montant de 104 500 € sous les mêmes conditions et réserves cumulatives notamment d'absence de rupture du contrat de travail à l'initiative de l'entreprise ou du salarié. Les mêmes dispositions d'acquisition des actions que ci-dessus étaient en outre stipulées, soit 50 % en mars 2012 et 50 % en mars 2013. Il sera, pour le même motif que celui exposé précédemment, alloué à M. X..., une somme de 50 000 € en réparation du préjudice résultant de la perte d'une chance d'acquérir des actions gratuites » ;

ALORS, D'UNE PART, QUE par application de l'article 625 du code de procédure civile, la cassation du chef de dispositif retenant l'absence de caractère réel et sérieux du licenciement entraînera, par voie de conséquence, la cassation des chefs de dispositifs condamnant la SOCIETE GENERALE au paiement des sommes de 12. 800 € bruts au titre de la prime de fidélité 2006, 192. 000 € au titre de la prime de fidélité 2008, 104. 000 € au titre de la prime de fidélité 2009, 60. 000 € à titre de dommages et intérêts pour perte de chance de se voir attribuer 2. 839 actions gratuites au titre de l'exercice 2007, 70. 000 € à titre de dommages et intérêts pour perte de chance de se voir attribuer 6. 489 actions gratuites au titre de l'exercice 2008, et de 50. 000 € à titre de dommages et intérêts pour perte de chance d'acquérir des actions gratuites au titre de l'exercice 2009 ;

ALORS, D'AUTRE PART, QUE lorsqu'elle est payée en vertu d'un engagement unilatéral, une prime constitue un élément de salaire et est obligatoire pour l'employeur dans les conditions fixées par cet engagement ; que l'employeur qui instaure une prime de manière discrétionnaire, peut en conséquence librement soumettre le versement de cette prime à une condition de présence du salarié dans les effectifs de l'entreprise à une date déterminée ; que c'est précisément le cas s'agissant de primes dites de « fidélité » dont l'objet même est de récompenser la présence du salarié à une certaine date ; que la condition de présence constitue en effet la condition première de ce type de clauses ; qu'en l'espèce, lors de l'octroi unilatéral et discrétionnaire au salarié de la prime de fidélité 2006, 2008 et 2009, la SOCIETE GENERALE a conditionné le versement de ces primes à la présence du salarié dans ses effectifs au jour de leur paiement ; qu'aussi en faisant droit aux demandes de Monsieur X... de rappels de prime de fidélité 2006, 2008 et 2009, cependant qu'il ressortait de ses propres constatations que le salarié ne remplissait précisément pas la condition unilatéralement posée par la SOCIETE GENERALE tenant à sa présence dans ses effectifs au jour du paiement de ces primes, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé les articles L. 1221-1 du Code du travail et 1134 du code civil ;

ALORS, DE TROISIEME PART, QUE, pour la même raison, la clause d'attribution d'actions n'est pas due lorsqu'elle vise également à récompenser la fidélité ou la présence du salarié à une date donnée, et que ledit salarié n'était plus dans l'entreprise à la date en question ; qu'en décidant le contraire pour condamner la SOCIETE GENERALE au paiement de dommages-intérêts pour perte de chance de se voir attribuer des actions gratuites au titre des exercices 2007, 2008 et 2009, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR infirmé le jugement en ce qu'il a débouté monsieur X... de sa demande de complément de rémunération variable pour les années 2008 et 2009 et d'AVOIR avant dire droit ordonné une expertise et désigné un expert avec la mission de déterminer le système de rémunération variable institué au sein du département SGCIB de la Société Générale, notamment pour les années 2008 et 2009, ainsi que les critères d'attribution des bonus et l'assiette et le taux de pay out pour les années 2008 et 2009, et de recueillir tous éléments et entendre toute personne susceptible de donner des éléments permettant à la cour de déterminer la rémunération variable ;

AUX MOTIFS QUE « Sur les rémunérations variables 2008 et 2009 :- sur le bonus en cash au titre des exercices 2008 et 2009 : Par courriers du 24 avril 2008, l'employeur a informé M. X...- qu'à titre exceptionnel et au seul titre de l'année 2008, il lui était garanti, avec la paie du mois de mars 2009, l'attribution d'un bonus d'un montant brut au moins égal à 866 000 € sous réserve qu'à la date du 31 mars 2009, ni le salarié ni l'entreprise n'ait pris l'initiative de rompre le contrat de travail, sauf en cas de procédure de licenciement pour motif économique, ni suspendu sauf en cas de maladie ou d'accident du travail, s'agissant d'une gratification annuelle insusceptible d'être prise en considération pour le calcul de l'indemnité de congés payés ; ce bonus a été versé à M. X... en mars 2009- qu'à titre exceptionnel et au seul titre de l'année 2009, il lui était garanti l'attribution d'un bonus d'un montant brut au moins égal à 541 000 € sous les mêmes

réserves que précédemment et notamment de présence dans l'entreprise à la date du 31 mars 2010. Pour débouter M. X... de ses demandes de complément de rémunération variable, les premiers juges ont considéré que le salarié était rempli de ses droits par le versement du bonus 2008 initialement prévu et que l'intéressé ne remplissait pas, au titre de l'année 2009, la condition d'absence de rupture de la relation de travail. S'agissant de la demande au titre de l'année 2008, il y a lieu de relever que M. X... invoque un usage constant au sein de la banque concernant le calcul du bonus par application d'un taux de 'pay out' (taux de distribution) sur les résultats nets de l'activité au titre de l'exercice concerné, cette règle du 'pay out', contrairement aux assertions de l'employeur qui nie son existence par référence à des considérations d'ordre général d'attribution des éléments de rémunération variable, étant établie par les nombreuses pièces fournies par le salarié, en l'espèce-le document intitulé 'ACR 2009/ 2010 Final Presentation Process' (présentation finale de la division Corporate & Investment Banking) du mois d'octobre 2009, qui spécifie que les responsables de département recevront en octobre et novembre leur résultat brut d'exploitation indicatif, leur taux de distribution ('pay out ratios') et confirmation de leur enveloppe de bonus,- le document intitulé '2010/ 2011 ACR Announcement Q & A' (annonces de la revue annuelle des rémunérations. Questions et réponses) émanant de la division Corporate & Investment Banking de la Société Générale, mentionne en son article 3 relatif à la rémunération variable que le taux de 'pay out' total pour 2010 est approximativement de 36 % à comparer à 35 % pour l'année passée,- les échanges de courriels au sein de la Société Générale entre juin et novembre 2008 relatifs à l'attribution de 'sales credits' (marges commerciales) représentant l'assiette de calcul individuelle sur laquelle est appliqué le taux de 'pay out' servant à calculer le bonus des opérateurs de marché,- des courriels émis en novembre 2008 et janvier 2009 par MM. Y..., Z..., Mmes C..., D..., par lesquels les intéressés échangent sur les modalités de calcul du 'pay out' et du bonus susceptible d'être versé aux équipes et à eux-mêmes et rappelant que le taux de 'pay out' en 2007 était de 2,6 %, - le tableau joint à la note établie par M. B..., responsable mondial de la division FICC/ FLO en avril 2009, qui, s'il constitue un business plan, évoque néanmoins un taux de 'pay out' de 16 % pour 2009. Quant au montant de la rémunération variable 2008, la cour observe que la somme de 866 000 € était un montant minimum en-dessous duquel la banque ne pouvait descendre, ce qui n'excluait donc pas un montant supérieur en fonction, notamment, de la performance du salarié par rapport à l'opération exceptionnelle qu'était 'Pantera'. Toutefois, la cour ne disposant pas des éléments suffisants de taux et d'assiette du 'pay out' pour déterminer le montant du complément de rémunération auquel peut prétendre M. X..., ordonnera à cette fin une expertise dont la mission sera précisée dans le dispositif du présent arrêt. S'agissant de la rémunération variable 2009, il convient de rappeler qu'en application des dispositions de l'article 1178 du code civil, la condition de présence de M. X... à la date du 31 mars 2009 est réputée accomplie dès lors que la Société Générale, en procédant à son licenciement de manière infondée, en a empêché l'accomplissement. Quant au montant de cette rémunération variable, il y a lieu, comme pour celle afférente à l'exercice 2008, d'ordonner une expertise. Le jugement sera en conséquence infirmé » ;

ALORS, D'UNE PART, QUE le contrat de travail peut prévoir, en plus de la rémunération fixe, l'attribution d'une prime laissée à la libre appréciation de l'employeur ; que sauf taux convenu, l'évolution d'une telle prime discrétionnaire est laissée à discrétion de l'employeur ; que la cour d'appel a constaté que les primes dites de rémunération variable 2008 et 2009 présentaient un tel caractère exceptionnel et discrétionnaire ; qu'en se fondant néanmoins sur une série de documents-dépourvus de valeur contractuelle ou légale et ne constituant pas un engagement unilatéral-pour ordonner une expertise et désigner un expert avec la mission de déterminer le système de rémunération variable institué au sein du département SGCIB de la Société Générale, notamment pour les années 2008 et 2009, ainsi que les critères d'attribution des bonus et l'assiette et le taux de 'pay out' pour les années 2008 et 2009, cependant que du fait précisément du caractère exceptionnel de ces bonus-ne reposant sur aucune norme ou engagement-la SOCIETE GENERALE était libre de fixer discrétionnairement leur montant et ne pouvait être contrainte de leur appliquer un taux de majoration, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs et violé les articles 16, 88, 91 et 568 du code de procédure civile ;

ALORS, D'AUTRE PART, QUE les primes ou gratifications versées par l'employeur constituent un usage d'entreprise lorsqu'elles réunissent les trois critères de généralité, constance et fixité ; qu'en conséquence le paiement d'une prime exceptionnelle est obligatoire pour l'employeur lorsque son versement et son mode de calcul résultent d'un usage répondant à des caractères de généralité, constance et fixité ; qu'en retenant, pour ordonner une expertise et désigner un expert avec la mission de déterminer le système de rémunération variable institué au sein du département SGCIB de la Société Générale, que le montant de ces primes discrétionnaires pouvait être augmenté par application d'un taux dit de « pay out » sans constater l'existence d'un « usage » remplissant les critères de généralité, constance et de fixité, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs et violé les articles 16, 88, 91 et 568 du code de procédure civile ;

ALORS, ENFIN DE TROISIEME PART, QU'en ordonnant une expertise et en désignant un expert avec la mission de déterminer le système de rémunération variable institué au sein du département SGCI B de la Société Générale motifs pris de ce que le montant de ces primes discrétionnaires pouvait être augmenté par application d'un taux dit de « pay out », sans tenir compte des écritures démontrant qu'un tel « pay out » était en toute hypothèse impossible en 2008 compte tenu des résultats fortement déficitaires (-953 millions d'euros) du département FICC (Direction des taux, changes, matières premières et crédits) (conclusions p. 27), la cour d'appel a excédé ses pouvoirs et violé les articles 16, 88, 91 et 568 du code de procédure civile.

Moyen produit au pourvoi n° C 13-27. 516 par la SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, avocat aux Conseils, pour M. X....

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté le salarié de sa demande en paiement d'un complément d'indemnité compensatrice de préavis, congés compris, et d'indemnité légale de licenciement et d'AVOIR limité à 200.000 € le montant de l'indemnité minimale due en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

AUX MOTIFS QUE sur les rémunérations variables 2008 et 2009 :- sur le bonus en cash au titre des exercices 2008 et 2009 : que par courriers du 24 avril 2008, l'employeur a informé M. X... qu'à titre exceptionnel et au seul titre de l'année 2008, il lui était garanti, avec la paie du mois de mars 2009, l'attribution d'un bonus d'un montant brut au moins égal à 866.000 € sous réserve qu'à la date du 31 mars 2009 ni le salarié ni l'entreprise n'ait pris l'initiative de rompre le contrat de travail sauf en cas de procédure de licenciement pour motif économique ni suspendu sauf en cas de maladie ou d'accident du travail, s'agissant d'une gratification annuelle insusceptible d'être prise en considération pour le calcul de l'indemnité de congés payés ; que ce bonus a été versé à M. X... en mars 2009- qu'à titre exceptionnel et au seul titre de l'année 2009 il lui était garanti l'attribution d'un bonus d'un montant brut au moins égal à 541.000 € sous les mêmes réserves que précédemment et notamment de présence dans l'entreprise à la date du 31 mars 2010 ; que pour débouter M. X... de ses demandes de complément de rémunération variable les premiers juges ont considéré que le salarié était rempli de ses droits par le versement du bonus 2008 initialement prévu et que l'intéressé ne remplissait pas au titre de l'année 2009 la condition d'absence de rupture de la relation de travail ; que s'agissant de la demande au titre de l'année 2008, il y a lieu de relever que M. X... invoque un usage constant au sein de la banque concernant le calcul du bonus par application d'un taux de « pay out » (taux de distribution) sur les résultats nets de l'activité au titre de l'exercice concerné. cette règle du « pay out » contrairement aux assertions de l'employeur qui nie son existence par référence à des considérations d'ordre général d'attribution des éléments de rémunération variable étant établie par les nombreuses pièces fournies par le salarié en l'espèce-le document intitulé « ACR 2009 12010 Final Presentation Process » (présentation finale de la division Corporate & Investment Banking » du mois d'octobre 2009 qui spécifie que les responsables de département recevront en octobre et novembre leur résultat brut d'exploitation indicatif leur taux de distribution (« pay out ratios ») et confirmation de leur enveloppe de bonus,- le document intitulé « 20 10/ 201 1 ACR Announcement Q & A » (annonces de la revue annuelle des rémunérations. Questions et réponses » émanant de la division Corporate & Investment Banking de la Société Générale, mentionne en son article 3 relatif à la rémunération variable que le taux de « pay out » total pour 2010 est approximativement de 36 % à comparer à 35 % pour l'année passée,- les échanges de courriels au sein de la Société Générale entre juin et novembre 2008 relatifs à l'attribution de « sales credits » (marges commerciales) représentant l'assiette de calcul individuelle sur laquelle est appliqué le taux de « pay out » servant à calculer le bonus des opérateurs de marché,- des courriels émis en novembre 2008 et janvier 2009 par MM. Y..., Z..., Mmes C.... D..., par lesquels les intéressés échangent sur les modalités de calcul du « pay out » et du bonus susceptible d'être versé aux équipes et à eux-mêmes et rappelant que le taux de « pay out » en 2007 était de 2.6 %- le tableau joint à la note établie par M. B..., responsable mondial de la division FICC/ FLO en avril 2009, qui, s'il constitue un business plan, évoque néanmoins un taux de « pay out » de 16 % pour 2009 ; que quant au montant de la rémunération variable 2008, la cour observe que la somme de 866.000 € était un montant minimum en-dessous duquel la banque ne pouvait descendre, ce qui n'excluait donc pas un montant supérieur en fonction notamment, de la performance du salarié par rapport à l'opération exceptionnelle qu'était « Pantera » ; que toutefois la cour ne disposant pas des éléments suffisants de taux et d'assiette du « pay out » pour déterminer le montant du complément de rémunération auquel peut prétendre M. X... ordonnera à cette fin une expertise dont la mission sera précisée dans le dispositif du présent arrêt ; que s'agissant de la rémunération variable 2009, il convient de rappeler qu'en application des dispositions de l'article 1178 du code civil, la

condition de présence de M. X... à la date du 31 mars 2009 est réputée accomplie dès lors que la Société Générale, en procédant à son licenciement de manière infondée, en a empêché l'accomplissement ; que quant au montant de cette rémunération variable, il y a lieu, comme pour celle afférente à l'exercice 2008, d'ordonner une expertise ; que le jugement sera en conséquence infirmé ; QUE sur les bonus différés qualifiés de primes de fidélité au titre des exercices 2008 et 2009 ; que par courrier du 24 avril 2008, l'employeur a informé M. X... qu'il était susceptible de percevoir au titre de l'exercice 2008, 2 primes de fidélité d'un montant de 96. 999 € chacune les 31 mars 2011 et 31 mars 2012 totalement discrétionnaires dans leurs montants et principe qui seront investies dans des supports d'investissement « SG tracking product » et dont les montants pourront être diminués ou augmentés en fonction de la performance du ou des supports dont s'agit ; que puis par un autre courrier du 30 juin 2009, la Société Générale a informé M. X... que les modalités d'attribution de ces primes étaient modifiées pour prendre la forme d'une somme brute de 192. 000 € attribuable le 31 mars 2012 sous réserve qu'à cette date ni le salarié ni l'entreprise n'ait pris l'initiative de rompre le contrat de travail, sauf en cas de procédure de licenciement pour motif économique, et que le contrat de travail ne soit pas suspendu sauf en cas de maladie ou accident du travail ; que par courrier du 24 avril 2008 l'employeur a informé M. X... qu'il était susceptible de percevoir au titre de l'exercice 2009, 2 primes de fidélité d'un montant de 52. 250 € chacune les 31 mars 2012 et 31 mars 2013, totalement discrétionnaires dans leurs montants et principe. qui seront investies dans un ou plusieurs supports d'investissement « SG tracking product » ou tout autre produit choisi par l'entreprise à condition qu'à ces dates ni M. X... ni la Société Générale n'ait pris l'initiative de rompre le contrat de travail, sauf en cas de procédure pour licenciement économique, et que le contrat ne soit pas suspendu, sauf en cas de maladie ou accident du travail ; que c'est à tort que pour s'opposer au paiement de ces primes, l'employeur invoque l'absence de M. X... au sein de l'entreprise aux dates prévues de leur versement suite au licenciement du salarié ; qu'en effet, ces bonus différés qui sont acquis au titre des exercices écoulés et entièrement travaillés, et non au titre des exercices futurs, il importe peu que leur paiement intervienne après le départ du salarié de l'entreprise étant en outre rappelé qu'en application des dispositions de l'article 1178 du code civil la condition de présence de M. X... est réputée accomplie dès lors qu'en procédant à son licenciement de manière infondée la Société Générale en a empêché l'accomplissement ; que le jugement qui reprenait la thèse de l'employeur sera en conséquence infirmé et il sera alloué à M. X..., les sommes respectives de 192. 000 € et 104. 500 € au titre des primes de fidélité.

AUX MOTIFS QUE, sur les primes de fidélité 2006 ; qu'au titre de l'année 2006, l'employeur a informé M. X... par courrier du 26 mars 2007, qu'il était susceptible de percevoir 2 primes de fidélité discrétionnaires, d'un montant brut respectif de 16. 000 € les 31 mars 2009 et 31 mars 2010, susceptibles d'être investis dans un ou plusieurs « SG tracking products » ou tout autre produit choisi par l'employeur, à la condition qu'à ces dates, ni lui ni l'entreprise n'aient pris l'initiative de rompre le contrat de travail sauf en cas de procédure de licenciement pour motif économique et que le contrat de travail ne soit pas suspendu, sauf en cas de maladie ou accident du travail ; qu'il était en outre stipulé que ces montants pourraient évoluer en fonction de la clause d'indexation et du type d'investissement choisi ; que M. X... indique que seule la première partie de cette prime lui a été versée en mars 2009 ; que pour les mêmes raisons que ci-dessus, il sera fait droit à la demande de M. X... en paiement de la somme de 12. 800 € brut (correspondant à 80 % du nominal de la prime définie en 2007 compte tenu de l'indexation appliquée) au titre de la seconde partie de la prime de fidélité improprement qualifiée d'actions gratuites dans le dispositif des écritures de l'appelant.

ET AUX MOTIFS QUE sur les indemnités de rupture (préavis, congés payés afférents, indemnité légale de licenciement, indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse) :- sur la détermination du salaire de M. X... à prendre en considération au titre du calcul de ces indemnités ; qu'il convient de rappeler que la lettre d'embauche de M. X... stipule que « le poste que vous occuperez est éligible au système de bonus. Le montant du versement complémentaire attribué au titre du bonus sera fixé de façon discrétionnaire par votre hiérarchie ». l'adjectif « éligible » signifiant que le salarié a seulement vocation à recevoir un bonus sans que le versement d'une telle gratification ne crée pour son bénéficiaire un quelconque droit acquis, ni en son principe, ni en son montant que par ailleurs la cour relève également que dans ses courriers du 24 avril 2008 relatifs aux bonus attribués au titre des années 2008 et 2009. L'employeur a bien spécifié que « s'agissant d'une gratification annuelle, le bonus n'est pas pris en considération pour l'indemnité de congés payés » : que de même, dans d'autres courriers des 24 avril 2008 et 30 juin 2009 informant M. X... qu'il était susceptible de percevoir des primes de fidélité, l'employeur a également mentionné que « ces primes sont totalement discrétionnaires, tant dans leur montant que dans le principe de leur versement ; elles ne seront pas prises en compte pour le calcul de l'indemnité de congés payés » ces mentions excluant de facto l'intégration des bonus et primes au salaire de base ; que les attributions gratuites d'actions ne sauraient davantage être considérées comme étant intégrables au salaire de base ;

qu'il s'ensuit contrairement à ce que soutient M. X..., que le bonus, en toutes ses composantes, s'analyse bien en un élément complémentaire de rémunération qui ne peut s'intégrer au salaire de base, peu important qu'au titre des années 2008 et 2009 l'employeur lui ait garanti le versement d'un bonus, dont le montant n'était pas fixe mais fixé discrétionnairement par l'employeur au regard d'éléments non précisés ; QUE-sur les rappels de salaire sur préavis et les congés payés y afférents ; que l'indemnité compensatrice de préavis se calculant sur la base du salaire brut soumis à cotisations sociales et les compléments de rémunération variables dont le montant est déterminé de manière discrétionnaire par l'employeur étant exclus de l'assiette de calcul de l'indemnité, M. X... sera en conséquence débouté de l'ensemble ses demandes fondées sur quatre modes de calculs différents relatives aux rappels de salaires sur préavis et aux congés payés y afférents intégrant l'ensemble des rémunérations variables ; que le jugement déféré sera confirmé sur ce point ; QUE-sur le complément d'indemnité légale de licenciement ; qu'au moment de la rupture du contrat de travail le 7 mars 2010, M. X... avait une ancienneté de 8 ans et 10 mois ouvrant droit, en application des dispositions de l'article R 1234-2 du code du travail, à une indemnité légale de licenciement de 1/5ème de mois par année d'ancienneté ; qu'à ce titre, au vu de ses écritures de première instance, M. X... a d'abord perçu la somme de 86.908 € à laquelle s'est ajouté le 1er juin 2010 devant le bureau de conciliation, un versement complémentaire de 61.563 13 €, soit au total 148.471, 13 € (83.645, 71 € x 115, la somme de 83.645, 71 € correspondant à la moyenne mensuelle de l'ensemble de ses rémunérations fixe de novembre 2008 à octobre 2009. variables de mars 2009 prime de fidélité versée en mars 2009, soit au total 1.003.748, 67 €) ; que le jugement déféré a fait droit, sans aucune motivation, à la demande de complément d'indemnité formée par M. X... à hauteur de 1.742, 61 € ; qu'il résulte de ses écritures de première instance, que le salarié motivait cette réclamation par le fait que son contrat de travail aurait selon lui pris fin le 12 avril 2010 date à laquelle lui a été remis le solde de tout compte ; que contrat de travail ayant pris fin en réalité le 7 mars 2010, M. X... a été rempli de ses droits ; que le jugement sera donc infirmé sur ce point et M. X... débouté de ses huit demandes successives de complément d'indemnité légale de licenciement ; QUE sur l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ; que pour allouer à M. X... la somme de 100.000 € à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse le conseil de prud'hommes a considéré que le salarié ne justifiait pas avoir été payé au cours des six derniers mois d'activité de la partie variable de son salaire de telle sorte que l'indemnité devait être calculée sur la base de son salaire fixe seul ; qu'il convient toutefois de rappeler que si en application de l'article L. 1235-3 du code du travail, l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ne peut être inférieure aux salaires des 6 derniers mois, le montant des dommages et intérêts alloués au salarié relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, au vu des éléments produits par le salarié en cause ; qu'en l'espèce, M. X... qui était âgé de 40 ans au moment du licenciement, justifie par les pièces produites aux débats avoir perçu l'ARE durant la période du 20 juillet 2010 au 17 juillet 2012 et être arrivé en fin de droits au mois d'août 2012 et que n'ayant pu retrouver un emploi salarié de son niveau de compétence et de séniorité malgré ses recherches dont il justifie il n'a eu d'autre choix que de créer sa propre société (la SAS Le Coin des Chefs sise à Colmar) n'ayant généré aucun chiffre d'affaires à fin septembre 2012 et ne lui ayant pas permis d'en tirer une quelconque rémunération ; qu'il a donc subi un préjudice moral et financier important qui justifie l'allocation d'une somme de 200.000 € à titre de dommages et intérêts ; que le jugement sera donc réformé sur ce point.

1°/ ALORS QUE les juges ne peuvent légalement statuer sans attendre les résultats de l'expertise qu'ils ont ordonnée lorsqu'elle conditionne la solution du litige ; qu'après avoir ordonné une expertise en vue de « déterminer le système de rémunération variable institué au sein du département SG CIB de la SOCIETE GENERALE, (notamment pour les années 2008 et 2009), les critères d'attribution des bonus l'assiette et taux de « pay out » pour les années 2008 et 2009 et en vue de recueillir tous éléments et entendre toute personne susceptible de donner des éléments permettant de déterminer la rémunération variable (bonus en cash) du salarié au titre des années 2008 et 2009 », la cour d'appel, sans même attendre les résultats de l'expertise ordonnée, a débouté le salarié de sa demande en paiement d'un complément d'indemnité compensatrice de préavis, congés compris, et d'indemnité légale de licenciement et a limité à 200.000 € le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles L. 1234-5, L. 1234-9 et L. 1235-3 et L. 3141-22 du Code du travail.

2°/ ALORS, à tout le moins, QUE les juges ne peuvent pas statuer par des motifs contradictoires ; que la cour d'appel, qui d'un côté, a ordonné une expertise en vue de « déterminer le système de rémunération variable institué au sein du département SG CIB de la SOCIETE GENERALE, (notamment pour les années 2008 et 2009) les critères d'attribution des bonus. l'assiette et taux de « pay out » pour les années 2008 et 2009 et en vue de recueillir tous éléments et entendre toute personne susceptible de donner des éléments permettant de déterminer la rémunération variable (bonus en cash)

du salarié au titre des années 2008 et 2009 » et, d'un autre côté, a débouté le salarié de sa demande en paiement d'un complément d'indemnités de rupture et a limité à 200. 000 € l'indemnité minimale due en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse aux motifs que « le bonus, en toutes ses composantes, s'analyse bien en un élément complémentaire de rémunération qui ne peut s'intégrer au salaire de base, peu important qu'au titre des années 2008 et 2009, l'employeur ait garanti au salarié le versement d'un bonus dont le montant n'était pas fixe mais fixé discrétionnairement par l'employeur au regard d'éléments non précisés », a violé l'article 455 du Code de procédure civile.

3°/ ALORS, à tout le moins encore, QUE lorsqu'une prime est due en vertu d'un engagement unilatéral elle constitue un élément du salaire obligatoire pour l'employeur, dans les conditions fixées par cet engagement peu important son caractère variable d'une part, que la prime qui comporte un minimum garanti mais dont le montant total n'est pas calculé par référence à un critère fixe et précis, constitue un élément du salaire à hauteur de ce minimum garanti, d'autre part de sorte que cet élément de salaire obligatoire, qui par conséquent ne constitue pas une gratification bénévole dont l'employeur fixe discrétionnairement les montants et les bénéficiaires et qui est attribuée à l'occasion d'un événement unique, doit être pris en compte dans l'assiette de calcul des indemnités de rupture et de l'indemnité minimale due en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse ; que pour débouter le salarié de sa demande en paiement d'un complément d'indemnité compensatrice de préavis, congés compris, et d'indemnité légale de licenciement et limiter à 200. 000 € le montant des dommages-intérêts alloués pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, la cour d'appel a énoncé que « le bonus, en toutes ses composantes s'analyse bien en un élément complémentaire de rémunération qui ne peut s'intégrer au salaire de base, peu important qu'au titre des années 2008 et 2009, l'employeur ait garanti au salarié le versement d'un bonus dont le montant n'était pas fixe mais fixé discrétionnairement par l'employeur au regard d'éléments non précisés » ; qu'en statuant ainsi, alors que la garantie du versement des bonus (en cash) par l'employeur valait engagement unilatéral de sa part de sorte que ces gratifications dont le versement était reconduit chaque année durant plusieurs années, étaient obligatoires et avaient le caractère de salaire au sens des articles L. 1234-5, L. 1234-9 et L. 1235-3 et L. 3141-22 du Code du travail, d'une part, et alors, d'autre part, que le fait que l'employeur, ainsi qu'il a été relevé par la cour d'appel qui a retenu que « la moyenne mensuelle de l'ensemble de ses rémunérations fixe de novembre à octobre 2009, variables de mars 2009 prime de fidélité versées en mars 2009 » correspondait à la somme de 83. 645. 71 €, avait décidé d'intégrer ces gratifications dans le calcul de l'indemnité légale de licenciement corroborait aussi leurs caractère de salaire au sens des articles précités la cour d'appel, qui en outre a retenu que la règle du « pay out », contrairement aux assertions de l'employeur qui nie son existence par référence à des considérations d'ordre général d'attribution des éléments de rémunération variable, était établie par les nombreuses pièces fournies par le salarié », a violé les articles susvisés, ensemble l'article 1134 du Code civil.

4°/ ALORS, en tout état de cause, QUE seule la nature intrinsèque et non la dénomination de la somme versée au salarié détermine sa qualification d'une part, que la gratification bénévole est celle dont l'employeur fixe discrétionnairement les montants et les bénéficiaires et qui est attribuée à l'occasion d'un événement unique, d'autre part, que pour débouter le salarié de ses demandes la cour d'appel s'est bornée à énoncer « que dans ses courriers du 24 avril 2008 relatifs aux bonus attribués au titre des années 2008 et 2009, l'employeur a bien spécifié que « s'agissant d'une gratification annuelle, le bonus n'est pas pris en considération pour l'indemnité de congés payés » et que « dans d'autres courriers des 24 avril 2008 et 30 juin 2009 informant le salarié qu'il était susceptible de percevoir des primes de fidélité, l'employeur a également mentionné que « ces primes sont totalement discrétionnaires, tant dans leur montant que dans le principe de leur versement ; elles ne seront pas prises en compte pour le calcul de l'indemnité de congés payés », ces mentions excluant de facto l'intégration des bonus et primes au salaire de base » ; qu'en statuant comme elle l'a fait sans rechercher ainsi qu'elle y était invitée si les bonus en cash et/ ou primes dites de « fidélité » étaient versé (e) s régulièrement tant au salarié (depuis 8 ans) qu'à l'ensemble des opérateurs de marché de la Banque de Financement et d'Investissement (BIF) de la SOCIETE GENERALE, en sus de la rémunération fixe, et si lesdits bonus et primes étaient fonction, ainsi que le soutenait l'employeur non seulement des résultats de l'activité dans laquelle exerce le salarié mais aussi de la performance individuelle évaluée sur la base d'objectifs annuels qualitatifs et quantitatifs incluant le cas échéant l'atteinte d'objectifs individuels financiers et la manière dont ce ni voeu de performance a été atteint ni tenir compte de ses propres constatations desquelles il résultait que la règle du calcul du bonus par application d'un taux de « pay out » (taux de distribution) sur les résultats nets de l'activité au titre de l'exercice concerné était établie la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1234-5, L. 1234-9 et L. 1235-3 et L. 3141-22 du Code du travail et 1134 du Code civil.

Décision **attaquée**



Cour d'appel de versailles
2 octobre 2013