Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du quatorze mars deux mille treize.

Numéros 37059 et 37469 du rôle

Présents:

Ria LUTZ, premier conseiller, président,
Théa HARLES-WALCH, conseiller,
Elisabeth WEYRICH, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

I.

E n t r e :

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

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 21 janvier 2011,

comparant par Maître Anne MOREL, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

B, demeurant à MD-(…),

intimé aux fins du susdit exploit BIEL,

comparant par Maître Jacques WOLTER, avocat à la Cour à Luxembourg,

II.

E n t r e :

B, demeurant à MD-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 4 février 2011,

intimé sur appel incident,

comparant par Maître Jacques WOLTER, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

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

intimée aux fins du susdit exploit ENGEL,

appelante par incident,

comparant par Maître Anne MOREL, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 20 novembre 2012.

Ouï le magistrat de la mise en état en son rapport oral à l'audience.

Par requête du 16 décembre 2009, B fit convoquer son ancien employeur la société anonyme A devant le tribunal du travail pour lui réclamer suite à son licenciement qu'il qualifia d'abusif différents montants indemnitaires plus amplement repris dans la prédite requête.

Il fit exposer à l'appui de sa demande tendant à voir déclarer abusif son licenciement qu'il a été salarié au sein du groupe A depuis le 1er septembre 1989 ; que le 1er mai 2005, la société A l'aurait engagé afin de lui confier une mission de représentation en Chine et qu'en avril 2005, il se serait rendu en Chine pour une

mission dont le cadre contractuel aurait été posé par le document « *International Arcelor Transfer Policy* » (IATP).

En août 2005, son épouse et ses trois enfants l'auraient rejoint en Chine, alors que la durée minimale de sa mission aurait été de trois, voire de cinq ans. Le 21 décembre 2005, la partie défenderesse lui aurait fait signer un avenant au contrat de travail, ainsi qu'une *« Letter of Understanding* » qui aurait repris les conditions de sa mission telles qu'elles auraient été fixées à son départ en avril 2005. Tout au long de sa mission, le requérant aurait obtenu de très bonnes évaluations de son travail. Le 25 novembre 2008, il aurait reçu un courriel suivant lequel sa mission en Chine était interrompue au 1er janvier 2009 et il devrait rentrer au Luxembourg immédiatement. Il aurait considéré la décision relative à son rapatriement comme intempestive et arbitraire, ceci d'autant plus qu'elle intervenait en plein milieu de l'année scolaire et posait partant des problèmes d'organisation au niveau de la scolarisation de ses enfants. Rentré au Luxembourg, il aurait reçu notification d'une lettre de licenciement le 5 janvier 2009. Ayant demandé les motifs à la base dudit licenciement, son employeur lui aurait adressé le courrier du 4 février 2009.

Il contesta tant la précision que la réalité et le sérieux des motifs du licenciement lui notifié.

Le tribunal du travail a, dans son jugement rendu le 13 décembre 2010, considéré que les motifs du licenciement n'étaient pas énoncés avec la précision requise par la loi et la jurisprudence et a déclaré le licenciement abusif ; il a encore déclaré non fondée la demande de B à titre d'indemnité de préavis supplémentaire, d'indemnité de départ supplémentaire, la demande à titre d'indemnisation d'un préjudice matériel du chef de déboursement de frais d'outplacement ou de perte de revenus, la demande en paiement d'un bonus pour l'année 2008 et la demande à titre de valorisation des stock options ; déclaré fondée sa demande en paiement d'une indemnité de congé non pris à concurrence d'un montant de 67.247,53 € ; condamné la société A à payer à B le montant de 67.247,53 €, en sus des intérêts légaux, nonobstant toutes voies de recours et avant enregistrement.

Pour statuer comme il l'a fait concernant les montants réclamés, le tribunal a considéré que l'indemnité de préavis s'apprécie au jour du licenciement et l'indemnité de départ à la fin du délai de préavis, de sorte qu'il a retenu une ancienneté de service du salarié de 19 ans et lui alloué un indemnité de préavis de 6 mois ainsi qu'une indemnité de départ de 3 mois et non les montants réclamés par le salarié sur base d'une ancienneté de service de 20 ans.

Concernant le rejet de la demande du salarié en paiement de dommages-intérêts pour le préjudice matériel, le tribunal a considéré que le salarié n'avait versé aucune pièce sur ce préjudice et l'a dès lors débouté de sa demande.

Concernant l'indemnité de congé non pris, il l'a déclaré fondée, l'employeur n'ayant pas prouvé l'avoir payée.

Quant au bonus pour l'année 2008 de 100.000 euros, le tribunal a considéré qu'aux termes du *« plan performance bonus*» le paiement de ce bonus est non seulement fonction des résultats du groupe, mais encore des performances individuelles du salarié concerné, de sorte qu'il a considéré que l'employeur avait usé de son pouvoir souverain d'appréciation pour évaluer les performances du salarié et a légitimement pu refuser le paiement d'un bonus pour 2008 à ce dernier.

Finalement quant à la valorisation des stock-options, le tribunal du travail a décidé que *« il y a lieu de retenir qu'il existe un lien causal entre la faute de l'employeur et la perte du droit d'option dans le chef du requérant.*
Il n'est cependant pas certain à quel moment le requérant aurait exercé les options litigieuses s'il n'avait pas été licencié. Abstraction faite de la question de savoir si les décisions du requérant relatives à l'investissement de son capital n'auraient pas pu être dictées par d'autres choix, voire d'autres impératifs, il y a lieu de constater qu'il reste en défaut de justifier qu'aux différentes échéances convenues, il aurait pu lever l'option à des conditions favorables.
Le préjudice invoqué par le requérant revêt un caractère hypothétique et n'est par ailleurs pas déterminable.
S'il est de principe que pour être réparable le dommage allégué doit être certain, un aménagement jurisprudentiel consiste dans la perte d'une chance. La chance est la probabilité que survienne un événement favorable. Seule la perte d'une chance réelle et sérieuse que l'événement favorable se réalise est indemnisable.
Le requérant fait valoir que s'il n'avait pas été licencié, il aurait continué à disposer des droits d'option que l'employeur lui avait accordés et il aurait pu les exercer par la suite.
Toutefois, la probabilité qu'il aurait réalisé des bénéfices ne résulte pas des éléments du dossier. La preuve que suite à son licenciement abusif le requérant n'a pas pu profiter d'une situation intrinsèquement favorable n'est ainsi pas rapportée.
Le requérant est partant à débouter de sa demande relative à la valorisation des stock-options. »

Par acte d'huissier de justice du 21 janvier 2011, A a régulièrement relevé appel uniquement de la condamnation au paiement de la somme de 67.247,53 euros au titre d'indemnité pour congé non pris en 2008 et 2009.

Par acte d'huissier du 4 février 2011, B a régulièrement relevé appel du jugement

Il demande de déclarer son appel fondé et par réformation, de condamner la société A S.A. à payer à la partie appelante la somme de 752.189,26 € + p.m. tout autre montant même supérieur, avec les intérêts légaux à compter du jour de la présente demande en justice jusqu'à solde au titre de préjudice matériel sinon moral subi par

la partie appelante ; de condamner la société A S.A. à payer à la partie appelante la somme de 1.077.600 dollars du chef des stock-options souscrites et qui ne pourront pas être réalisées, sinon nommer un expert avec la mission de valoriser le portefeuille de stock-options suivant la méthode de Black-Scholes sinon de toute autre méthode communément admise en matière d'évaluation financière des produits dérivés ; de donner acte à la partie requérante qu'elle se réserve expressément le droit d'augmenter sa demande en cours d'instance.

Par ordonnance de jonction du 14 juillet 2011 les deux rôles ont été joints.

Concernant les congés non pris, l'appelante A prétend que la somme de 44.311,28 euros correspondant au solde des congés pour 2008 et 2009 a d'ores et déjà été payée, ce qui serait établi par le décompte de rémunération de juillet 2009 ; subsidiairement, si la Cour devait estimer que cette indemnité devrait être calculée sur base du salaire du B perçu en Chine, un solde de 22.936,25 euros lui serait encore dû.

L'appelant B se prévaut de la mauvaise foi de son ancien employeur qui l'aurait licencié avant le terme de ses 20 ans de service pour réduire ses frais de licenciement, que l'ordre de rapatriement brutal de l'employeur avait pour seul but d'esquiver ses obligations découlant du contrat de mission en Chine ; il en conclut que l'inobservation par l'employeur de l'obligation de bonne foi emporte sa responsabilité contractuelle, de sorte qu'il devrait lui payer à titre de dommages-intérêts 3 mois supplémentaires à titre d'indemnité compensatoire de préavis ainsi que 3 mois à tire d'indemnité de départ.

Il est encore d'avis que le bonus d'un montant de 100.000 euros lui serait dû pour l'année 2008 comme pour chaque année précédente, alors que des courriers d'éloge de la part de l'employeur lui sont parvenus avant le licenciement.

Qu'il a encore du déboursé des frais d'outplacement évalués à 10.000 euros ainsi que des frais de déménagement évalués à 30.000 euros.

Finalement, concernant les stock options, il soutient qu'il serait admis qu'un salarié licencié à l'initiative de l'employeur devrait être indemnisé de la perte de ces options valorisées suivant le modèle financier Black-Scholes ; il effectue ensuite la valorisation de ses options pour les années 2007 et 2008 sur base de ce modèle.

Il considère enfin non seulement que les stock options sont un élément de sa rémunération et que l'impossibilité pour lui de lever les options en raison de la faute commise par l'employeur doit s'analyser comme une perte d'une chance de voir prospérer les actions.

Il réclame enfin réparation de son préjudice moral sans cependant en chiffrer le montant comme en première instance.

A forme appel incident sur l'appel principal de B en ce que le tribunal du travail a déclaré le licenciement abusif, elle est d'avis que les motifs du licenciement seraient non seulement précis mais également réels et sérieux, et elle formule une offre de preuve afin de prouver les motifs du congédiement.

A titre subsidiaire et dans l'hypothèse où la Cour confirmerait la nature abusive du licenciement, elle conteste redevoir des arriérés au titre d'indemnité de préavis et de départ dès lors que l'ancienneté de service du salarié était de 19 ans, de sorte que le jugement serait à confirmer sur ce point ; elle conteste ensuite encore la base de calcul prise en compte par le salarié pour fixer l'indemnité de préavis ; elle effectue le même raisonnement pour l'indemnité de départ.

Concernant le bonus de 100.00 euros pour l'année 2008, elle le conteste dans son principe et dans son montant, précisant que ce bonus serait déterminé sur base d'un mode de calcul prévu par un « *variable bonus scheme* » d'A; que la notation définitive de B aurait été de 1.2, de sorte que le bonus était égal à 0.

Il n'aurait finalement pas atteint les objectifs lui imposés, de sorte que le jugement serait encore à confirmer à cet égard.

Les montants réclamés au titre de préjudice matériel sont contestés faute d'être justifiés par des pièces et le préjudice moral également alors qu'il n'a toujours pas été chiffré.

Concernant la valorisation des stocks options, elle relève également appel incident contre le jugement du 13 décembre 2010 en ce qu'il a déclaré qu'il existait un lien causal entre la faute de l'employeur et la perte du droit d'option du salarié et en reconnaissant ainsi implicitement la compétence des juridictions du travail pour toiser la demande relative à un plan d'actionnariat salarié.

Elle réitère son moyen de première instance selon lequel les juridictions du travail ne seraient pas compétentes pour toiser ces demandes ; à titre subsidiaire, elle précise que seules 2.833 options étaient « vestées » et sont devenues exerçables au moment du départ du salarié; que conformément au plan, le salarié disposait d'un délai de 3 mois pour lever ces options à partir de la cessation de son contrat de travail soit jusqu'au 14 octobre 2009, ne l'ayant pas fait la demande serait irrecevable respectivement elle serait non fondée étant donné qu'il a fait le choix de ne pas les lever et que son préjudice serait partant incertain voire purement hypothétique.

I) Recevabilité de l'appel incident de A

Suite à l'appel principal interjeté par B de l'intégralité du jugement rendu en première instance, A a formé appel incident également de l'ensemble des décisions prises par les juges de première instance en relation avec le licenciement abusif, appel incident dont B critique actuellement la recevabilité.

Il estime en effet que la société A, en limitant son appel principal à la question de l'indemnité pour congé non pris, a acquiescé au jugement pour le surplus et serait partant forclose à contester les autres motifs ou décisions par la voie de l'appel incident.

A résiste au motif que l'acquiescement ne se présume pas et qu'en l'espèce, elle n'aurait pu acquiescer à un jugement non susceptible d'appel ou dont l'appel aurait été irrecevable pour défaut d'intérêt à agir.

L'intérêt étant la mesure des actions, une partie ne peut faire appel que pour autant qu'elle est lésée par le jugement qu'elle entreprend.

Une partie est lésée par le jugement lorsque dans son dispositif, celui-ci n'a pas fait droit intégralement à ses conclusions. C'est au dispositif de la décision et non à ses motifs qu'il faut se référer pour apprécier si les premiers juges, en ont ou non alloué à la partie appelante l'entier bénéfice, car c'est le dispositif seul qui fixe l'objet et l'étendue de la demande.

La Cour constate, à la lecture du dispositif du jugement du 13 décembre 2010, que la société A n'a été lésée par le jugement a quo que sur un seul chef de la demande présentée par le salarié et elle a partant uniquement succombé à la demande tendant au paiement de l'indemnité pour congé non pris, de sorte qu'elle n'avait intérêt à interjeter appel principal que relativement à cette décision de condamnation et non relativement aux autres points pour lesquels elle a obtenu gain de cause.

N'ayant, à défaut d'intérêt, pas pu appeler, la société A n'a pas pu acquiescer aux parties du jugement dont elle n'a pas interjeté appel. A défaut d'acquiescement de sa part, la société A est recevable à former appel incident, de sorte que le premier moyen soulevé par le salarié tombe à faux.

Du fait de la recevabilité des différents appels formés de part et d'autre par les parties, l'étendue de la saisine de la Cour porte sur le bien fondé de l'intégralité ou de l'ensemble des demandes et moyens soumis à l'appréciation des juges de première instance.

II) Compétence des juridictions du travail pour connaître de la demande en valorisation des stock-options souscrites par B

B réitère son moyen tiré de l'incompétence des juridictions du travail pour connaître de cette demande qui n'aurait pas sa source dans le contrat de travail mais dans un plan d'actionnariat salarié.

Par adoption des motifs du tribunal du travail, qui a correctement appliqué l'article 25 alinéa 1 du NCPC ainsi que le principe en découlant du caractère exceptionnel et exclusif de la compétence des juridictions du travail et qui a finalement relevé à bon droit que les revendications du salarié relatives aux stock-options sont nées du contrat de travail, dans la mesure où le salarié soutient que c'est en raison du licenciement abusif qu'il perd son droit d'exercer les options souscrites en sa qualité de salarié du groupe A, le jugement est à confirmer sur ce point.

III) Recevabilité de la demande en paiement de dommages et intérêts pour le préjudice moral subi

Le tribunal du travail a déclaré cette demande irrecevable à défaut d'être déterminée dès lors qu'elle figurait dans la requête introductive d'instance « pm » et n'a pas non plus été chiffrée à l'audience,

Cette demande n'étant toujours pas chiffrée par le salarié en instance d'appel, le jugement est à confirmer en ce qu'il l'a rejetée.

IV) Quant au licenciement et les montants indemnitaires réclamés par le salarié

Les décisions du tribunal du travail sont à confirmer par adoption des motifs retenus par le tribunal du travail, concernant l'imprécision de la motivation du licenciement partant le caractère abusif de ce dernier et par voie de conséquence également concernant, eu égard à l'ancienneté de service de 19 années du salarié et de son salaire touché en Chine, le montant de l'indemnité compensatoire de préavis et de départ.

Pour les dommages et intérêts réclamés par B pour le préjudice matériel allégué, la Cour constate à l'instar du tribunal du travail, que le salarié reste toujours en défaut non seulement de préciser ce préjudice matériel mais encore de l'étayer par des pièces.

S'il appert d'un article paru sur le site internet de BNET, que B a rejoint les sociétés du groupe C en Amérique du Nord en qualité de *Chief Executive Officer*, aucune précision n'est cependant apportée concernant la date à laquelle il a débuté ce nouvel emploi ainsi que le salaire touché auprès de son nouvel employeur, de sorte qu'il est impossible de déterminer et de chiffrer ce préjudice ne fut ce qu'approximativement, de sorte que la demande est à rejeter par adoption des motifs retenus par le tribunal du travail.

Finalement, concernant les frais d'« out-placement » que B intègre dans le préjudice matériel allégué, il échet de relever qu'aucune pièce n'est versée à ce titre, ce qui rend la demande non fondée.

La Cour constate que le salarié n'a apporté, en instance d'appel, aucun élément nouveau de nature à énerver les décisions prises par les juges de première instance.

Concernant la demande du salarié en paiement de dommages et intérêts basée sur la responsabilité contractuelle de la société employeuse qui, en résiliant le contrat de travail avant l'arrivée de la vingtième année service du salarié auprès de la société employeuse, aurait prouvé sa mauvaise foi, la Cour relève que tant l'employeur que le salarié sont libres et autorisés par la loi sur le contrat de travail a mettre fin aux relations de travail à tout moment de l'ancienneté de service du salarié ; dès lors aucun texte de loi impose ou oblige un employeur à respecter une période d'ancienneté plutôt qu'une autre avant de procéder à la résiliation du contrat de travail, comme le soutient B, de sorte que sa demande afférente est à rejeter pour ne pas être fondée.

<u>Quant à l'indemnité pour congé non pris</u>

Il résulte de la fiche de rémunération du mois de juillet 2009 qu'un montant de 44.311,28 euros correspondant au solde de congé pour 2008 et 2009 a été pris en compte par la société employeuse, mais il laisse d'être prouvé que ce montant a été payé à B, de sorte qu'il lui est redû.

Ce montant a cependant été calculé sur base du salaire que B percevait lorsqu'il travaillait à Luxembourg et non pas par rapport au salaire plus élevé touché en Chine pendant ses trois dernières années de service.

La Cour relève que le salarié percevait annuellement un brut de 392.151, 39 euros en Chine, de sorte que le montant de 67.247,53 €, tel que calculé par le tribunal du travail correspondant aux 28 jours de congés dus pour l'année 2008 et les 16,5 jours

de congé non pris pour l'année 2009 soit un total de 44,5 jours, non contesté par l'employeur, lui est dû par confirmation du jugement entrepris.

Quant au bonus pour 2008

C'est de façon correcte que le tribunal du travail a rappelé, d'une part que le bonus annuel auquel B pouvait prétendre sur base du contrat de travail est lié tant à la performance de l'entreprise qu'à l'atteinte des objectifs individuels qui devaient être précisés annuellement et, d'autre part qu'au vu des règles et du mode de calcul définis au « *Performance Bonus Plan* », l'employeur usant de son pouvoir d'appréciation pour évaluer les performances du requérant, a légitimement pu refuser le paiement d'un bonus pour l'année 2008 à ce dernier, pour rejeter la demande afférente.

La Cour constate encore que les affirmations de B selon lesquelles il aurait reçu des éloges de la part de son employeur quant à son travail ne sont pas justifiées par des pièces soumises à l'appréciation de la Cour, mais au contraire sont contredites par les pièces versées par la société employeuse qui a critiqué à plusieurs reprises la gestion par le salarié de son poste de travail en Chine allant jusqu'à mettre un terme immédiat à sa fonction et à le licencier, certes de façon imprécise, pour ses mauvaises prestations.

Le jugement est partant à confirmer à cet égard.

Quant à la valorisation des stock-options

Par adoption des motifs du tribunal du travail qui a fait une analyse complète et correcte du principe de la valorisation des stocks-options dans l'hypothèse d'un licenciement et des conséquences de ce licenciement sur le sort des ces stock-options, le jugement est à confirmer en ce qu'il a déclaré la demande afférente du salarié non fondée.

Il peut encore être relevé que malgré le licenciement, le salarié bénéficiait encore d'une période de trois mois pour lever ses stock-options, mais a choisi de ne pas le faire, de sorte que le préjudice allégué par lui, à le supposer établi, quod non, n'est plus en relation causale avec le licenciement, mais est à attribuer au choix personnel du salarié, à son inaction voulue ou non.

Chacune des parties réclame une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du NCPC

N’ayant pas établi en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge une partie des frais non compris dans les dépens, les demandes respectives des parties sont à rejeter.

PAR CES MOTIFS :

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

déclare les appels principaux et incidents recevables,

les déclare non fondés et en déboute,

confirme le jugement du 13 décembre 2010 dans son intégralité,

rejette les demandes respectives des parties basées sur l’article 240 du NCPC,

condamne B aux frais et dépens de l’instance d’appel avec distraction au profit de Maître Anne MOREL, qui la demande affirmant en avoir fait l’avance.