Exempt- appel en matière de droit du travail

Audience publique du trois juillet deux mille huit.

Numéro 32404 du rôle.

Composition:

Marie-Jeanne HAVE, président de chambre;
Romain LUDOVICY, premier conseiller;
Roger LINDEN, conseiller;
Paul WAGNER, greffier.

Entre:

A.), employé privé, demeurant à L-(…), (…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Tom NILLES d'Esch-sur-Alzette du 25 avril 2007,

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

et:

la société à responsabilité limitée MERRILL LYNCH LUXEMBOURG s. à r.l., établie et ayant son siège social à L-1246 Luxembourg, 4, rue Albert Borschette, représentée par ses gérants actuellement en fonctions,

intimée aux fins du prédit exploit NILLES,

comparant par Maître René DIEDERICH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Par exploit d'huissier du 25 avril 2007, **A.)** a interjeté appel contre un jugement du 27 février 2007 du tribunal du travail de Luxembourg qui a rejeté tant sa demande tendant à voir condamner son ancien employeur, la société à responsabilité limitée MERRILL LYNCH Luxembourg s. à r. l., à transférer sur un de ses comptes bancaires des *« stock incentive awards »* lui accordés par ce dernier à titre de bonus pour les années 2002 à 2005, que celle en allocation d'une indemnité de procédure de 2.000 €.

Le requérant a fait valoir devant le tribunal du travail qu'il s'est vu allouer chaque année un bonus constitué d'une partie « *espèces »* et d'une partie « *stock incentive awards »* que la défenderesse aurait refusé de transférer sur son compte au motif que les droits afférents seraient perdus. La société défenderesse avait conclu au rejet de la demande au motif que les termes et conditions du *« Employee Stock Compensation Plan »* sont discrétionnaires et qu'ils prévoient que le salarié démissionnaire n'a droit auxdits *« stock incentive awards »* qu'à la condition notamment de ne pas rejoindre une société se trouvant en relation concurrentielle avec son employeur, ce que son ancien salarié aurait cependant fait.

Le tribunal du travail a analysé les droits du salarié sous l'optique des critères de la gratification (constance, fixité et généralité) et a déduit du *« Employee Stock Compensation Plan »* que le demandeur ne possédait pas de droit acquis sur l'ensemble de ses « *stock incentive awards »* qui ne lui avaient pas encore été définitivement dévolus et a conclu, au vu de l'aveu écrit du demandeur du 1er septembre 2006, que le fait pour ce dernier d'avoir rejoint une société concurrente avait entraîné la perte des droits dans son chef. Il a par contre condamné ce dernier à payer à la défenderesse une indemnité de procédure de 750 €.

A.) conclut, par réformation de ce jugement, à voir condamner l'intimée à lui transférer les *« stock incentive awards »* et à se voir allouer l'indemnité de procédure réclamée en première instance. Il demande à être déchargé de la condamnation prononcée sur base de l'article 240 du NCPC et réclame pour l'instance d'appel une indemnité de procédure de 2.500 €.

L'intimée conclut à l'irrecevabilité de l'appel, sinon à son rejet pour ne pas être fondé. Elle réclame une indemnité de procédure de 1.000 €.

L'appel, non autrement critiqué, a été interjeté dans les forme et délai de la loi, de sorte qu'il est recevable.

Discussion

Les parties s'accordent pour dire qu'**A.)**, engagé par la défenderesse en qualité de *« sales manager »* à partir du 1er août 1999 et qui a démissionné par lettre du 25 janvier 2006 avec effet au 31 mars suivant, a touché de la part de son employeur pour les années 2002 à 2005 un bonus annuel payé pour partie en espèces, l'autre partie ayant consisté en l'allocation de *« restricted units, restricted shares et stock options»,* regroupés sous le terme générique de *« stock incentive awards »*.

La Cour renvoie dans ce contexte au tableau annexé à la lettre de Merrill Lynch du 7 mars 2006 (pièce 5 de la farde I de Maître René Diederich), à celui contenu dans le jugement page 5, ainsi qu'aux pièces 12 a-f de la farde de 14 pièces de Maître Romain Adam (il s'agit pour ces dernières pièces des « *compensation summary »* du salarié des années 2000 à 2005 reprenant pour chaque année la rémunération annuelle du salarié, y compris le bonus lui alloué). Il en ressort que le salarié s'est principalement vu allouer des *« restricted units »,* mais également des *« restricted shares »* et des *« stock options ».*

« L'Employee Stock Compensation Plan » (ci-après ESCP) énumère les conditions d'attribution et règle le régime juridique du bonus versé aux salariés de l'entreprise. Il a pour but "*to deliver a portion of annual year-end bonuses in stock, in lieu of cash, to key employees of Merrill Lynch and to attract, retain and motivate key employees of outstanding competence and ability who are capable of having a significant impact on the performance of ML & Co".* Il institue un *"committee"* qui a notamment pour mission *"to select Participants"* appelés à se voir allouer un bonus et "*to determine the number of shares of Common Stock subject to awards of Restricted Shares, Restricted Units, Stock Options or Stock Appreciation Rights".*(voir pièce 14 de la farde I de Maître René Diederich sections 1.1 et 1.3)

Il en ressort que ledit comité de Merrill Lynch, usant de son pouvoir souverain d'appréciation, choisissait les salariés méritants appelés à toucher un bonus annuel qui pouvait, toujours à la discrétion de l'employeur, être payé pour partie sous la forme de « *restricted units, restricted shares »* et/ou de *« stock options ».*

S'agissant d'une libéralité, - le contrat de travail de 1999 signé entre parties ne prévoit pas le paiement d'un tel bonus - l'employeur était libre d'en soumettre son régime à des conditions prédéfinies. Celles - ci, spécifiées tant dans le document ESCP que dans le « Grant Document » relatif au *« restricted units »* (pièces 14 et 15 de la farde I de Maître René Diederich) n'avaient partant pas besoin, ainsi que soutenu par l'appelant, d'être acceptées par le salarié.

C'est à bon droit qu'**A.)** fait grief au tribunal d'avoir décidé qu'il n'avait pas de droit acquis sur l'ensemble des stock options et actions au motif que le plan ESCP exclut un usage constant de l'octroi des titres comme bonus de performance, étant donné que l'objet du litige ne portait pas

sur la demande du salarié de se voir allouer un bonus pour les années en question, bonus déjà accordé sous conditions au salarié, mais consistait à rechercher, au vu des documents ci-dessus spécifiés, si le fait pour ce dernier d'avoir rejoint une société se trouvant en relation concurrentielle avec son employeur avait entraîné dans son chef la perte desdits droits.

Il ressort des documents ci-dessus mentionnés que la partie du bonus versée sous la forme de « *restricted units, restricted shares »* et de *« stock options »* n'était définitivement acquise au salarié qu'une fois révolue une *vesting period* (que les parties traduisent par *période de dévolution*). Le bonus était durant cette période *unvested* (non encore dévolu) et pouvait, sous certaines conditions, être considéré comme perdu, les documents employant pour chaque situation spécifique les termes de *cancelled, forfeited* ou *expired.*

Les passages relevants (soulignés par la Cour) pour la solution du litige sont de la teneur suivante:

La *" **Vesting Period*** est définie dans le document ESCP de la façon suivante: "*Vesting Period » shall mean, in relation with Restricted Shares, Restricted Units, Stock Options, or Stock Appreciation Rights, any period determined by the Committee during which such Restricted Shares, Restricted Units, Stock Options, or Stock Appreciation Rights, may expire or be forfeited if the Participant terminates employment or if other circumstances specified by the Committee arise. The Vesting Period for Restricted Shares or Restricted Units granted as part of a year-end stock bonus may not be less than three years grant the date of grant, provided that, the Committee may determine that year-end grants may vest in substantially equal installments over three years, with the final installment vesting no earlier than the third anniversary of the date of grant".*

Les *« restricted units »* étaient, aux termes du « Grant Document » soumises au régime suivant :

*" **Vesting Period:** Except as described in paragraph 3 of this Grant Document,,..your rights to Restricted Units shall terminate and the Restricted Units will be cancelled if you terminate employment or otherwise violate any of the terms and conditions of your grant during the vesting period specified in your grant. Restricted Units may not be sold, transferred, assigned, pledged or otherwise encumbered during the vesting period. Following each Vesting Date specified in your grant, one quarter of your original number of Restricted Units will be delivered to you.."* (voir pièce numéro 15, point 2 (b), farde de pièces I de Maître René Diederich)

Les *« restricted units »,« restricted shares »* et certaines *« stock options »* qu'**A.)** s'était vu allouer à titre de bonus des années 2002 à 2005 tombaient encore, au moment de sa démission qui a pris effet le 9 février 2006, sous ledit régime de la *« Vesting Period ».*

L'incidence de la cessation des relations de travail du salarié durant la période de dévolution sur les droits accordés par l'employeur à ce dernier à titre de bonus est réglementée par le « Grant Document ». Bien que celui-ci ne concerne que les *« restricted units »,* il y a lieu, au vu des conclusions des parties, de régler le sort de l'intégralité des *« stock incentive awards »* au regard de ce document. La Cour ne tient pas compte du document intitulé *« Compensation Advisor »*, étant donné qu'il ne diffère pas des dispositions contenues dans l'ESCP et dans le Grant Document, dispositions qu'il ne fait qu'exposer sommairement.

Le paragraphe 3 du « Grant Document » dont question au point 2(b) relevé ci-dessus est de la teneur suivante :

"3. Effect of Termination of Employment.

In general, if, prior to the end of the Vesting Period for your Restricted Units, your employment terminates or you fail to comply with the covenants contained in paragraph 4 of this Grant Document, your rights to your unvested Restricted Units will terminate and they will be cancelled. In the case of termination of employment, if your termination occurs in connection with the limited circumstances outlined below, your grant will continue to vest notwithstanding termination, provided that you continue to satisfy the conditions described below. If you fail to comply with these conditions, your rights to your Restricted Units will terminate and the Restricted Units will be cancelled:

(a) ***Death.*** *If your death occurs prior to the end of the Vesting Period for your Restricted Units, any unvested Restricted Units will vest immediately and shares (net of any withholding requirements) will be delivered to your designated beneficiary or estate as soon as possible.*

(b) ***Disability or Career Retirement.*** *If your employment is terminated as a result of Disability or if you qualify for Career Retirement (as defined below), your Restricted Units will continue to vest notwithstanding your termination provided that, (1) you do not compete with, or recruit employees from, Merrill Lynch and provide Merrill Lynch with a certification upon your termination and at least annually thereafter (the "Annual Certification" that you are not engaged in or employed by a business which is in competition with Merrill Lynch and have not solicited or recruited employees from Merrill Lynch (2) you do not violate the covenants contained in paragraph 4. If you compete with the business of or recruit employees from Merrill Lynch, fail to return the Annual Certification to Merrill Lynch or violate the covenants contained in paragraph 4 during the Vesting Period for your Restricted Units, your rights to your unvested Restricted Units will terminate and the Restricted Units will be cancelled…"*

tandis que les conditions pour pouvoir bénéficier d'un ***Career Retirement*** sont précisées de la manière suivante :

"To be eligible for ***"Career Retirement"*** treatment, you must fulfill the following requirements:

- No determination shall have been made that there was **Cause** (as defined below to disqualify you from Career Retirement treatment; and

• You must have completed at least 5 years of service with Merrill Lynch; and

• You (1) must be at least 45 years of age or (2) your age and service combined and computed as full years and completed months must total at least 60; or

• Your grant is approved by the Head of Reward and Recognition Planning as eligible for Career Retirement and at the request of Merrill Lynch, you become an employee (upon termination with Merrill Lynch) of a non-consolidated joint venture of Merrill Lynch, a spin-off or a new joint venture company in which Merrill Lynch has made a substantial investment.

• You will **not** be eligible for **Career Retirement** or **Disability** (and your Restricted Units will be cancelled) if: (1) following your termination, you engage in any business that is in competition with the business of Merrill Lynch, (2) prior to or following your termination you solicit or recruit any Merrill Lynch employees, (3) you fail to certify, at termination that you are in compliance with conditions 1 and 2 or fail to sign and return the Annual Certification and (4) prior to or following your termination, you must not violate any of the covenants contained in paragraph 4 hereof."

A.) remplissait au moment de sa démission les conditions d'ancienneté et d'âge spécifiées ci-dessus pour bénéficier de la retraite anticipée *(=career retirement).*

L'intimée fait valoir que l'appelant ne saurait se voir attribuer les actions non encore dévolues, motif pris de ce qu'après avoir démissionné, il a été engagé par la société E.Öhmann J:or Luxembourg S.A. qui se trouve dans une situation de concurrence avec Merrill Lynch [voir la traduction certifiée conforme du passage litigieux : *(1) après votre départ, vous vous engagez dans une quelconque affaire faisant concurrence aux affaires de Merrill Lynch*. (farde de Maître René Diederich)]

A.) qui conteste que les conditions d'application du point (1) relevé ci-dessus soient remplies en l'espèce, soutient que cette condition s'analyserait en une clause de non - concurrence déguisée prohibée en droit luxembourgeois par l'article L.125-8 du Code du travail et serait partant nulle.

Le moyen d'annulation est à rejeter, étant donné que cette clause n'a pas pour finalité d'interdire au salarié d'exercer, en exploitant une entreprise personnelle, des activités similaires à celles de son ancien employeur, mais d'entraîner dans le chef dudit salarié, pour le cas où les conditions y prévues sont remplies, la perte du bonus lui accordé sous conditions par l'employeur.

A.) fait encore valoir que ladite clause constitue une condition potestative. Il soutient que si les conditions tenant à l'âge et à l'ancienneté du salarié pour pouvoir bénéficier du Career Retirement reposent sur des critères objectifs et facilement vérifiables, le fait pour l'employeur de décréter que le salarié qui s'engage auprès d'un concurrent perdra les droits aux actions non encore dévolues, sans pour

autant donner de définition précise du terme « concurrent » ferait dépendre le bénéfice de la retraite anticipée d'un évènement qu'il serait au seul pouvoir de l'employeur de faire survenir ou d'empêcher, ce dernier pouvant à son gré décider « quelle société est un concurrent de Merrill Lynch » (conclusions du 12 février 2008).

La condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher; toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.

La question de savoir si le salarié se trouve dans un cas d'exclusion du Career Retirement ne relève pas, ainsi que soutenu par l'appelant, du seul pouvoir de l'employeur, mais dépend des conditions énumérées dans des documents sur base desquels le droit au bonus lui a été conditionnellement octroyé dans un premier temps, l'employeur qui demande à voir constater la perte desdits droits dans le chef du salarié ayant la charge de prouver que ce dernier se trouve dans le cas prévu au point (1) ci-dessus mentionné.

Merrill Lynch soutient qu'**A.)** a commencé à travailler dès le 10 février 2006, soit dès le lendemain de la fin des relations de travail entre parties, pour la société anonyme E.Öhmann J:or Luxembourg S.A constituée le 17 novembre 2005, société qui exercerait des activités similaires aux siennes et se trouverait partant à son égard dans une situation de concurrence directe.

Contrairement aux développements du tribunal, il ne ressort pas du courrier du 1er septembre 2006 adressé par le mandataire d'**A.)** à Merrill Lynch que le salarié y fasse l'aveu d'avoir rejoint après la fin des relations de travail un concurrent de la société intimée.

Il ressort des pièces versées que dans le cadre d'une Assemblée Générale Extraordinaire de ladite société tenue le 31 mai 2006, **A.)** a souscrit à hauteur de 124 parts à l'augmentation du capital de la société et qu'il est nommé membre du conseil d'administration de la société, étant encore relevé qu'il exerce au sein de la société la fonction d'administrateur – délégué. (farde I Maître René Diederich, pièce numéro 17).

L'objet social des deux sociétés est pour partie identique en ce qu'elles sont actives dans le domaine financier, notamment pour réaliser toutes opérations sur valeurs mobilières. Il ressort enfin de la farde III de pièces de Maître René Diederich que la société Merrill Lynch s'est vu confrontée essentiellement durant les six derniers mois de l'année 2006 à plus de vingt requêtes de clients lui demandant de clôturer leur compte et de transférer les avoirs s'y trouvant sur un compte ouvert auprès de la banque E.Öhmann J:or Luxembourg S.A..

La Cour tient partant pour établi qu'après avoir démissionné de ses fonctions auprès de Merrill Lynch, **A.)** a rejoint et s'est engagé dans la société anonyme E.Öhmann J:or Luxembourg S.A. qui exerce des activités concurrentielles à celles de la société intimée, de sorte qu'il n'a pas droit à se voir attribuer les *« restricted units, restricted shares* » et les *« stock options »* au motif qu'il tombe sous le cas d'exclusion prévu au point (1) ci-dessus mentionné.

L'appel d'**A.)** n'est pas fondé. Le jugement de première instance est, quoique pour d'autres motifs, à confirmer.

Il est encore à confirmer par adoption des motifs en ce que le tribunal du travail a rejeté la demande d'**A.)** basée sur l'article 240 du NCPC et en ce qu'il l'a condamné à verser à la société défenderesse une indemnité de procédure de 750 €.

La demande d'**A.)** en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est à rejeter au vu du sort réservé à l'appel et aux dépens.

Celle de la société est par contre à accueillir, étant donné qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge l'entièreté des frais non compris dans les dépens qu'elle a dû débourser pour faire valoir ses droits en instance d'appel et qu'elle ne pourra pas récupérer, de sorte que la Cour lui alloue sur base de l'article 240 du NCPC le montant réclamé de 1.000 €.

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 non fondé,

confirme le jugement du tribunal du travail de Luxembourg du 27 février 2007,

rejette la demande d'**A.)** basée sur l'article 240 du NCPC,

le condamne à payer à la société à responsabilité limitée MERRILL LYNCH LUXEMBOURG s. à r. l. une indemnité de procédure de 1.000 € et à supporter les frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître René Diederich, avocat constitué, sur ses affirmations de droit.