Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du seize décembre deux mille dix.

Numéro 35224 du rôle

Présents:

Edmond GERARD, président de chambre,
Charles NEU, premier conseiller,
Ria LUTZ, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

A, demeurant à (…) USA,

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 10 septembre 2009,

intimé sur appel incident,

comparant par Maître Donald VENKATAPEN, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

la société anonyme B 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 THILL,

appelante par incident,

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

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 1er juin 2010.

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

Par requête déposée auprès du tribunal du travail de Luxembourg le 2 décembre 2008, A critiqua d'abusif son licenciement avec préavis lui notifié par son employeur, la société anonyme B S.A le 3 juillet 2008 et lui réclama la somme de 17.907.272,44 euros au titre des bonus pour les années 2008 et 2009, de 100.000 stock options, d'actions et de retenues injustifiées ainsi qu'un montant de 473.780,53 euros correspondant aux préjudices matériel et moral subis suite au congédiement.

A l'appui de sa demande, A fait valoir qu'il a été engagé par la société défenderesse en qualité de « Chief Financial Officer » (CFO) par contrat de travail du 22 juillet 2005, ayant pris effet au 1er septembre 2005 ; en date du 14 novembre 2006, la société B lui a notifié un avertissement concernant des faits qui se sont produits en 2006 et par courrier du 16 novembre 2006, le requérant a formellement contesté les faits lui reprochés ; par courrier du 3 juillet 2008, le contrat de travail du requérant a été résilié avec un préavis de 12 mois. Par courrier recommandé du 14 juillet 2008, le requérant a demandé les motifs de son licenciement qui lui ont été communiqués par courrier recommandé du 12 août 2008.

La société B est une société internationale de services offrant des services de téléphonie mobile prépayés à plus de 20 millions de clients dans près de 16 pays situés en Amérique centrale et latine, en Afrique et en Asie.

La société B, société cotée en bourse au « Nasdaq Stock Market » et au « Stockholmbörsen » a réalisé les chiffres d'affaires suivantes au cours des exercices 2005 à 2008 :

- au 31 décembre 2005 : 922.780 millions US Dollars (USD)
- au 31 décembre 2006 : 1.576 milliards USD
- au 31 décembre 2007 : 2.630 milliards USD
- au 31 décembre 2008 : 3.412 milliards USD.

Il y a lieu de relever que le capital social de la société B peut être évalué à la date du 18 novembre 2009 à un montant de 8,1 milliards USD sur la base de 108,5 millions d'actions émises d'une valeur de 74,45 USD chacune.

Sur base des résultats financiers de la société B au 3e trimestre 2008, les biens (« assets ») de la société au 30 septembre 2009 sont d'un montant total de 5,7 milliards USD comprenant un montant total de liquidités de 0,9 milliard USD.

Comme toute société de cette envergure, la société est dirigée de manière tripartite, avec à sa tête un « Chief Executive Officer (CEO) », assisté d'un «Chief Operating Officer (COO)» et d'un « Chief Financial Officer (CFO) ».

Le requérant occupait ainsi en tant que Chief Financial Officer (CFO) au sein de la société B l'un des trois plus hauts postes à responsabilité de la société B placé sous l'autorité directe du Chief Executive Officer (CEO).

Le requérant était également muni d'un pouvoir de signature en qualité de délégué à la gestion journalière à hauteur d'un montant de 10 millions USD par transaction.

La prédite fonction de Chief Financial Officer englobait tant la gestion financière de l'activité mondiale de la société B que le contrôle de la conformité des opérations financières avec toutes les normes financières et comptables applicables aux sociétés cotées en bourse, ainsi que la mise en œuvre de la corporate governance et le contrôle de la conformité aux normes Sarbanes-Oxley.

Le requérant était également tenu de préparer les rapports financiers opérationnels et statistiques tant pour le conseil d'administration de la société B que pour les insitutions boursières, et cosignait avec le Chief Executive Officer le rapport annuel « Form 20-F » adressé à l'autorité de régulation américaine « Securities and Exchange Commission » (SEC).

En rétribution des prédites importantes responsabilités et des performances exceptionnelles de la société suite à son entrée en fonction, le requérant s'était vu allouer une rémunération globale comprenant des gratifications annuelles sous la forme de paiement en espèces ou d'allocations d'actions et de stock options de la société B.

Il ressort ainsi du contrat de travail que la rémunération de A à la date de son entrée en fonction se décomposait notamment comme suit :
- une rémunération annuelle de base d'un montant de 450.000 €,
- un bonus annuel jusqu'à 50 % de la prédite rémunération,
- une allocation initiale de 100.000 stock options (représentant 4 fois sa rémunération annuelle de base),
- une participation à toutes les allocations futures de stock options de la société,
- un véhicule de société tous frais inclus,
- un versement mensuel à titre de pension complémentaire (incluant les indemnités d'assurances vie et d'invalidité) sur base d'un montant de 12 % de la rémunération annuelle brute,

- les frais de logement pour les 6 premiers mois d'emploi,
- un remboursement de tous les frais de déménagement et, en cas de résiliation à l'initiative de la société, le paiement de tous les frais de retour vers le pays d'origine,
- une allocation d'installation d'un montant de 20.000 €,
- le remboursement des frais scolaires des enfants suite au déménagement, ainsi que des frais de conseil et de planification d'impôts pour la première année de travail,
- tous les frais professionnels liés à son activité (transport, téléphone, etc.).

A relever que la société en tant que société cotée aux Etats-Unis est également obligée de se conformer aux normes Sarbanes-Oxlex et, en tant que CFO, A avait la responsabilité pour le SOX compliance (l'objectif de cette loi SOX est de garantir la gestion correcte de l'entreprise afin de rétablir la confiance des investisseurs suite aux divers scandales qui ont impliqué une série de grandes entreprises américaines. A cet effet, chaque entreprise qui tombe sous le coup de la législation SOX doit pouvoir démontrer qu'elle maîtrise parfaitement l'ensemble des processus d'exploitation qui peuvent avoir des conséquences financières).

Qu'il est d'une importance primordiale pour une société cotée qu'elle puisse faire confiance totale dans l'intégrité de ses dirigeants et qu'aucun doute ou aucune suspicion ne puisse être toléré à ce niveau.

En date du 14 novembre 2006 (donc seulement environ 14 mois après l'entrée en fonctions du requérant), la société se voyait obligée de lui adresser une lettre d'avertissement suite à une série de trois incidents (i. A avait envoyé à un employé du groupe B lui subordonné, une demande de collecte pour un don pour un projet de charité en Tanzanie ; ii. A avait demandé à un employé du groupe B lui subordonné d'organiser un voyage privé pour sa famille et ne s'est pas suffisamment assuré du remboursement des frais y liés ; iii. Visite privée d'un actionnaire alors que la société se trouvait à cette époque en négociation avec ce dernier en ce qui concerne l'achat de ses actions). Suite à la prise de connaissance de ces trois incidents, le conseil d'administration de la société a décidé d'adresser un avertissement écrit à A alors que son comportement était contraire aux « cores values » (intégrité, transparence et honnêteté) de la société et a conduit à une perte de confiance en sa personne.

Après un nouvel incident (attitude de A en ce qui concerne le respect des normes SOX) mettant en cause la confiance en sa personne, la société a en date du 3 juillet 2008 résilié le contrat de travail du requérant avec un préavis contractuel de 12 mois.

Par courrier du 17 septembre 2008, la société a dispensé A de la prestation de son travail jusqu'à la fin du préavis.

Début février 2009, A a repris un nouvel emploi, ceci auprès d'une société américaine (CLWR).

Il est en fait reproché concrètement à A d'avoir :

- transféré par email un appel à donation pour une œuvre de charité à un directeur d'une société du groupe et que cette action : « give rise to a conflict of interest, an abuse of power and avoided altogether our procédure of following the grandfather principel »
- rencontré un actionnaire du groupe et dès lors commis un : « breach of our policies and the group core values »
- reçu l'ordre de rester à Luxembourg pour régler des problèmes financiers et qu'il aurait ainsi « relunctantly agreed to stay in Luxembourg and to deal with this issue ».

A critiqua le licenciement quant à sa régularité alors que la société employeuse n'a pas procédé à l'entretien préalable au vu du nombre de ses effectifs ; il contesta encore tant la précision que la réalité et le sérieux des motifs invoqués.

Par un jugement du 22 juin 2009, le tribunal du travail qui considéra que la lettre de motivation était précise, mais que les motifs de licenciement n'étaient pas sérieux alors que trop anciens, rejeta l'offre de preuve formulée par l'employeur et déclara le licenciement intervenu abusif, non fondée la demande relative au préjudice matériel et fondée sa demande relative au préjudice moral à concurrence de 7.500 euros et condamna l'employeur au paiement dudit montant.

Concernant les autres montants réclamés par le salarié, le tribunal a déclaré non fondée la demande de A du chef de retenues illégales sur salaire,déclaré non fondée la demande de A en paiement du bonus annuel pour 2008 et 2009, écarté le moyen de la société anonyme B S.A. tendant à voir annuler la section 6 du stock option agreement telle que modifiée en date du 27 juillet 2007, déclaré non fondée la demande de A en paiement en espèces de la contrepartie des stock options lui accordées dans le cadre du stock option agreement, donné acte à A de son droit de procéder à la conversion des options aux échéances prévues au stock option agreement du 1er septembre 2005, complété par l'addendum au contrat de stock option du 1er mars 2006 et modifié par l'amendement au contrat de stock option agreement du 27 juillet 2007, déclaré non fondée la demande de A en paiement en espèces de la contrepartie de 53.635 actions, dit qu'aucun droit acquis n'existe dans le chef de A quant aux 40.032 actions non encore dévolues, partant, déclaré non fondée la demande de A tendant à se voir remettre les originaux des certificats d'actions concernant les 40.032 actions non encore dévolues, dit que le principe du complément différentiel est à appliquer pour l'évaluation des arriérés de salaires redus pour la période du 1er février 2009 au 30 juillet 2009, sursis à statuer sur la demande de A en paiement d'arriérés de salaire pour la période du 1er février 2009

au 30 juillet 2009, sursis à statuer sur les demandes de A en paiement d'une indemnité de véhicule, d'une pension complémentaire et de frais de rapatriement, fixé la continuation des débats à une audience ultérieure.

Par acte de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 10 septembre 2009 A a régulièrement relevé appel du prédit jugement.

Il demande à la Cour de dire l'appel fondé et justifié, de confirmer le jugement en ce qu'il a déclaré l'offre de preuve formulée par l'employeur irrecevable et déclaré abusif son licenciement en date du 3 juillet 2008, de voir constater que le contrat de travail prévoit expressément le maintien des rémunérations durant la période de préavis suite à la résiliation du contrat de travail, partant par réformation, de voir condamner, à titre principal, la société anonyme B S.A. à payer à l'appelant la somme de 17.907.272,44 € au titre de paiement de rémunérations, en ce compris bonus annuel, stock options, actions et autres accessoires et subsidiairement, un montant de 10.728.765,06 € de ce chef, suivant décompte repris au jugement de première instance, avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice, jusqu'à solde, de voir condamner la société anonyme B S.A. à payer à l'appelant à titre d'indemnisation des préjudices matériel et moral le montant total de 473.780,53 €, sinon tout autre montant même supérieur à arbitrer par la Cour.

A titre subsidiaire, uniquement du chef de la demande relative aux stock options, l'appelant demande acte qu'il réclame la condamnation au paiement d'un montant de 5.955.040 €, sinon à titre plus subsidiaire, la nomination d'un expert aux fins de concilier les parties, si faire se peut, sinon de rendre un rapport motivé sur les points suivants :
« - constater que Monsieur A détient 100.000 options de la société cotée B S.A.,

- procéder à la valorisation desdites options sur base d'une méthode d'évaluation adaptée et reconnue, telle que la formule de Black & Scholes, et déterminer la contrevaleur des prédites options en euros,
- solliciter auprès de B tout document ou pièce utile à l'accomplissement de la mission d'expertise,
- conclure aux montants redus par B au titre des 100.000 options alloués à Monsieur A. »,

et, à titre plus subsidiaire, il demande la confirmation du jugement en ce qu'il a consacré les droits du salarié de procéder à la conversion des stock options aux échéances successives prévues au stock option agreement, et à titre très subsidiaire, il se réserve le droit de réclamer le paiement de la contre-partie en espèces de 2/3 des stock options à titre de préjudice subi suite au licenciement abusif, soit deux-tiers de 10.515.200 €, sinon deux-tiers de 5.955.040 €, sinon à tout autre montant à dire d'expert.

A titre principal, uniquement du chef de la demande relative aux actions, A demande de condamner la partie intimée au paiement de la contre-valeur des

prédites actions au jour du licenciement soit un montant de 6.522.016 €, sinon un montant de 4.076.260 €, sinon l'enjoindre à remettre les certificats d'actions pour l'entièreté des 53.635 actions, sous peine d'astreinte à hauteur de 10.000 € par jour, sinon à titre subsidiaire, de confirmer la décision a quo en ce qu'elle a alloué le bénéfice de 13.603 actions alloués au salarié et condamner la partie intimée au paiement de la contre-valeur des prédites actions sinon à la remise des certificats y relatifs.

QUANT AU LICENCIEMENT

L'appelant conclut à la réformation du jugement a quo au motif que la lettre de licenciement ne serait pas précise tandis qu'il demande la confirmation du même jugement quant au caractère abusif du licenciement.

Il critique encore le jugement relativement aux montants alloués et réclame pour le préjudice matériel et par réformation, sans autres justificatifs, la somme de 221.104,69 euros et pour le préjudice moral 3 salaires, à savoir la somme de 121.148,01 euros.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement concernant la précision des motifs ; elle se réserve le droit d'interjeter appel quant au caractère abusif du licenciement ; elle est en effet d'avis que la loi ne prévoit aucun délai d'invocation des faits en matière de licenciement avec préavis, de sorte que l'employeur, qui avait du mal à trouver un remplaçant pour A, aurait été en droit de le licencier seulement plus de 12 mois après la commission des faits.

Elle conclut à la confirmation du jugement concernant le préjudice moral et interjette appel incident sur le point du préjudice matériel qui, d'après elle, devrait être rejeté alors que le salarié était dispensé de prester ses 12 mois de préavis, a retrouvé un nouvel emploi pendant le préavis et qu'il n'y a pas eu atteinte à sa dignité.

A) Précision des motifs

La Cour constate que le tribunal du travail a fait une lecture et analyse correcte du contenu de la lettre de motivation du 12 août 2008 en constatant que la prédite lettre renvoyait tout d'abord à un avertissement du 14 novembre 2006 dont il reproduit le texte avec précision et que le motif subséquent relatif à l'attitude inappropriée du salarié par rapport aux observations faites par les auditeurs de C répond également au critère de précision requis par la loi et la jurisprudence.

En effet, le salarié est à même, en lisant cette lettre de motivation litigieuse, de reconnaître les faits lui reprochés, de les identifier et de prendre position à leur

égard, et le juge est à même de vérifier si ces motifs s'identifient effectivement à ceux énoncés par l'employeur à l'appui du licenciement.

Il y a partant lieu, par adoption des motifs des juges de première instance, de confirmer le jugement sur ce point.

B) caractère réel et sérieux des motifs

Il est constant en cause que les faits reprochés à A sont antérieurs de 16 mois au licenciement

Il paraît important de relever que s'il est vrai que le législateur n'a pas entendu imposer aussi bien à l'employeur qu'au salarié, un délai endéans lequel ils sont obligés d'invoquer le ou les faits susceptibles de justifier une résiliation avec préavis à la différence du licenciement pour motifs graves, pour lequel l'article L.124-10§6 fixe un délai d'un mois à compter du jour où la partie qui les invoque en a eu connaissance, force est cependant de constater que le bon sens exige, non seulement dans un souci de protection du salarié contre des licenciement tardifs, que les faits ou fautes justifiant un licenciement avec préavis soient invoqués dans un délai raisonnable, délai raisonnable qui constitue pour le salarié une garantie contre toute mesure d'arbitraire de l'employeur et évite par là même une insécurité permanente dans les relations de travail, mais encore pour donner un sens au licenciement qui en tant que mesure ultime empêche, lorsque la confiance entre les parties est ébranlée, la continuation des relations de travail.

Le tribunal du travail a motivé sa décision de la façon suivante :
« Dans son courrier de motivation, l'employeur explique que l'attitude du requérant face aux inquiétudes exprimées par les auditeurs de C quant à l'application de la loi SOX au sein de l'entreprise, a eu pour conséquence une perte de confiance totale dans le requérant et a rendu impossible le maintien des relations de travail. Cette affirmation est cependant en contradiction avec le fait que ce n'est que seize mois plus tard que le requérant a été licencié. L'employeur soutient que la décision de licencier A a été prise en avril 2007, mais qu'un remplaçant n'a pu être trouvé que des mois plus tard, raison pour laquelle il n'a été procédé au licenciement du requérant qu'en juillet 2008.
Le tribunal estime que si l'employeur avait réellement considéré comme intolérables les faits reprochés au requérant dans la lettre de motivation, il n'aurait pas attendu seize mois pour licencier ce dernier, ceci d'autant plus que le contrat de travail, tel que modifié, prévoyait une période de préavis d'un an. »

C'est partant d'une façon pertinente que le tribunal du travail a retenu que les faits reprochés au salarié qui avaient une ancienneté de plus de 16 mois n'ont pas été de nature à justifier le licenciement intervenu, de sorte que le jugement entrepris est

encore à confirmer en ce qu'il a retenu que le licenciement avec préavis prononcé à l'égard de A est abusif.

C) dommages et intérêts pour les préjudices matériel et moral subis

Par adoption des motifs du tribunal du travail, le jugement est à confirmer en ce qu'il a débouté le salarié de sa demande en paiement de dommages et intérêts pour le préjudice matériel invoqué; c'est en effet à bon droit, au vu de la situation financière, matérielle de A après le licenciement qui peut se résumer en un délai de préavis de 12 mois qu'il a été dispensé de prester et pendant lequel il a retrouvé très rapidement un nouvel emploi, que le tribunal a décidé qu'il n'a pas subi un tel préjudice matériel consécutif à son licenciement.

C'est encore à bon droit que les juges de première instance ont décidé que David SACH avait subi un préjudice moral au vu des circonstances dans lesquelles le licenciement est intervenu et de l'atteinte à sa dignité qui en a découlé, pour fixer ce préjudice au montant de 7500 euros.

QUANT AUX AUTRES MONTANTS RECLAMES

A) Salaires pour le préavis

L'appelant considère que le tribunal du travail a fait une interprétation erronée de l'article 2.2 du contrat de travail en se basant sur les termes de l'article L.124-9.(1) du code du travail ; qu'il y aurait partant lieu, par réformation, principalement sur base du prédit article, de lui accorder l'intégralité de son salaire pendant la période de préavis allant de février 2009 au 15 juillet 2009, période pendant laquelle il a cependant trouvé un nouvel emploi.

Subsidiairement, il conclut à la confirmation du jugement entrepris et au paiement du complément différentiel de 49.513,31 euros correspondant à la somme de 5,5 mois x 9.002,4 euros.

Quant à la mesure d'instruction ordonnée par le tribunal, il est d'avis que seul le salaire mensuel versé par le nouvel employeur devrait être pris en compte et non la rémunération globale, sinon il faudrait également tenir compte dans le calcul de ses stock options, actions et bonus auprès de B de sa rémunération globale.

L'intimée estime qu'il y aurait lieu à confirmation du jugement sur le principe du complément différentiel pour la période allant du 1er février 2009 au 14 juillet 2009.

En fait, la Cour constate qu'à ce niveau du litige les parties sont contraires quant à l'application au contrat de travail les liant des dispositions relatives au complément différentiel prévu par l'article L.124-9.(1) du code du travail au regard des dispositions conventionnelles retenues par ces mêmes parties et plus précisément de l'article 2.2 du contrat de travail.

C'est cependant à bon escient et pour des motifs que la Cour adopte que le tribunal du travail a retenu que l'article 2.2 alinéa 2 du contrat de travail ne fait que reprendre les termes de l'article L.124-9.(1) du code du travail (ancien article 26.(1) de la loi sur le contrat de travail) pour décider que la demande de A qui a trouvé en date du 1er février 2009 un nouvel emploi ne pouvait être fondée au cours de la période de préavis que pour le complément différentiel.

C'est encore à bon droit que le tribunal du travail, qui ne disposait pas des pièces nécessaires pour évaluer les éléments de la rémunération revenant au salarié dans le cadre de son nouvel emploi, a sursis à statuer sur la question de l'évaluation d'un éventuel complément différentiel pour permettre aux parties de fournir des explications supplémentaires et pour prendre position quant aux pièces versées en cours de délibéré.

Le jugement a quo est partant à confirmer sur ce point.

B) Bonus annuel

Sur base de l'article 5.2 du contrat de travail, l'appelant réclame, par réformation, pour l'année 2008 un bonus de 315.000 euros et pour l'année 2009 (6 mois et demi) le montant de 170.625 euros.

Il considère que le bonus, qui a été payé régulièrement chaque année sur base de calculs fixes, ferait partie intégrante de sa rémunération et aurait perdu tout caractère discrétionnaire.

L'intimée considère que le bonus prévu à l'article 5.2 du contrat de travail est un bonus discrétionnaire soumis en sus à la condition que le salarié soit « actively acting as our employee » en mars de l'année suivante, date à laquelle le bonus était payé, ce qui n'était pas les cas en l'espèce puisque A a repris un nouvel emploi en février 2009.

En l'espèce l'article 5.2 du contrat est non seulement clair et précis à l'égard du bonus sollicité par le salarié, mais encore très explicite puisqu'il dispose :
"You will be entitled to a discretionary annual bonus (pro rata) of up to 50 % of base salary which will be paid annually in March and will be subject to meeting

agreed targets, set during the first 3 months of your employment. The factors taken into account to assess whether a bonus payment will be made and its size include both individual and company performance targets. For you to be entitled to receive any such bonus it will be a prerequisite that you must be actively acting as our employee according to this Employment Agreement at the time of the bonus distribution and that you shall not have given notice to resign at such time."

Il en résulte que les parties ont entendu exclure la gratification de la rémunération fixe du salarié pour en faire une libéralité laissée à la discrétion et à l'appréciation souveraine de l'employeur ; finalement, elles ont soumis l'octroi d'une telle gratification à une condition bien précise, celle pour le salarié d'« être activement au service de l'employeur » au moment où la gratification est payable, à savoir en mars de l'année suivante, ce qui ne fut pas le cas de A qui travaillait depuis février 2009 pour un autre employeur.

Il suit des considérations qui précèdent que le jugement est à confirmer purement et simplement sur ce point.

C) Stock options

Pour l'appelant les 100.000 stock options lui accordées en vertu de l'article 5 du contrat de travail constitueraient un élément du salaire et en feraient partie intégrante, de sorte qu'elles deviendraient immédiatement exigibles à la résiliation du contrat de travail.

Il réclame partant, par réformation, à titre principal le paiement immédiat des 100.000 stock options évaluées à 152 USD soit 10.515,200 euros ou évaluées à 95 USD soit 5.955, 040 euros.

Subsidiairement, il demande une expertise, respectivement la confirmation du jugement entrepris ou encore plus subsidiairement la réparation du préjudice subi suite à l'impossibilité d'exercer les options non encore convertibles du fait du licenciement abusif à savoir 2/3 de 10.515,200 euros ou 2/3 de 5.955, 040 euros.

L'intimée demande la confirmation du jugement quant aux stock options qui d'après l'« agreement » du 1er septembre 2005 et ses deux annexes ainsi que l'avenant du 27 juillet 2007 en sa section 6 prévoiraient la non-exigibilité immédiate des stock options.

C'est à bon droit et pour des motifs que la Cour fait sien que le tribunal du travail a relevé que selon l'article 6 du stock option agreement telle que modifié en juillet 2007, le salarié ne perdait pas ses droits aux options non encore acquises en cas de

licenciement avec préavis, l'expiration ou l'annulation des options concernées ne pouvant intervenir qu'en cas de licenciement pour faute grave ou de démission du salarié.

C'est encore à juste titre que les juges de première instance ont dit que d'après l'amendement du 1er mars 2006 les stock options ne deviendront immédiatement convertibles et ne feront l'objet d'un paiement en espèces que dans l'hypothèse d'un changement de contrôle, par voie de fusion ou d'absorption de B par une entité tierce.

Finalement, le tribunal a, à raison, donné acte au salarié de son droit de procéder à la conversion des options aux échéances prévues au stock options agreement du 1er septembre 2005, complété par l'addendum au contrat de stock option du 1er mars 2006 modifié par l'amendement au contrat de stock option agreement du 27 juillet 2007, de sorte qu'il y a lieu de confirmer le jugement à cet égard.

D) Actions

Concernant les 53.635 actions lui allouées, l'appelant conteste que les « plans d'incentive » lui soient opposables et réclame, sous peine d'astreinte, le paiement immédiat de la contre-valeur des actions au jour du licenciement soit 6.522.016 euros ou 4.076.260 euros.

Subsidiairement, il réclame le paiement de 13.603 actions correspondant à la période de préavis, période pendant laquelle il a obtenu l'entièreté des droits d'acquisition sur ces actions.

L'intimée estime que le salarié n'aurait droit à la propriété que des 13.603 actions sur les 53.635 comme l'a retenu le tribunal de première instance.

La Cour constate, à la lecture des pièces versées, que les seuls écrits régissant la question des actions, sont d'une part, et comme l'a remarqué à juste titre le tribunal du travail, le courrier du 23 avril 2007 et d'autre part les deux conventions des 22 juin 2007 et 26 juin 2008 intitulées « award agreement for the grant of performance share award » lesquelles renvoient au « B S.A 2007 Long Term Incentive Plan » qui ont été signés par le requérant et lui sont partant opposables.

Le tribunal a finalement à bon droit relevé qu'il résultait de ces écrits que les actions alloués à A - ne font pas partie de la rémunération, - que la perte de celles-ci en raison de la résiliation du contrat de travail – même abusive – ne donne pas lieu à indemnisation, - que le salarié licencié ne peut prétendre aux actions non encore dévolues à la date de la notification de son licenciement et en a déduit que le paiement en cash de l'équivalent de 40.032 actions non encore dévolues ou la

remise de leur certificat n'est pas fondée, que le paiement en cash de l'équivalent des 13.603 actions dont le requérant est déjà propriétaire n'est pas fondée et, concernant la remise des certificats de ces 13.603 actions, a sursis à statuer en attendant la prise de positon de l'employeur à l'égard de cette demande.

Le jugement entrepris est par conséquent à confirmer purement et simplement sur ce point.

Les parties réclament chacune une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

N'ayant pas établi en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge l'entièreté des frais avancés par elles et non compris dans les dépens, les demandes afférentes des parties basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile 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 principal et incident recevables ;

Les dit non fondés et en déboute ;

Confirme le jugement rendu le 22 juin 2009 ;

Renvoie l'affaire devant les juges de première instance pour continuation des débats ;

Rejette les demandes des parties basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

Condamne B S.A. aux frais et dépens de l'instance d'appel.