Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du quinze décembre deux mille onze.

Numéro 35747 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 B-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Tom NILLES d'Esch-sur-Alzette du 1er février 2010,

intimé sur appel incident,

comparant par Maître Max MAILLIET, 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 NILLES,

appelante par incident,

comparant par Maître Alex SCHMITT, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 8 novembre 2011.

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

Par requête du 20 avril 2009, A a fait convoquer la société B S.A. devant le tribunal du travail de Luxembourg pour voir déclarer abusif son licenciement avec préavis du 1er décembre 2008 et la condamner à lui payer principalement la somme de 332 260,68 € à titre d'indemnité contractuelle de départ, subsidiairement le montant de 263 039,71 € à titre d'indemnité compensatoire de préavis et 24 280,59 € à titre d'indemnité pour congés non pris ainsi que les montants de 600 000 € à titre de dommage matériel et de 50 000 € à titre de dommage moral.

A a été engagé par C S.A. le 1er juin 2005 et son contrat de travail a été repris par B S.A. qui l'a licencié le 1er décembre 2008. Il a été employé en qualité de chief executive officer.

Un jugement du tribunal du travail de Luxembourg du 10 juillet 2009 a donné acte à B S.A. qu'elle demande reconventionnellement la condamnation de A au montant de 125 255,96 € et a condamné B S.A. à payer à A la somme de 83 065,17 € à titre de solde d'indemnité compensatoire de préavis.

Contre ce jugement il n'a pas été relevé appel.

Un jugement du tribunal du travail de Luxembourg du 18 décembre 2009 a dit le licenciement avec préavis du 1er décembre 2008 abusif, condamné B S.A. à payer à A 5 000 € à titre de dommages et intérêts pour préjudice moral, débouté A de sa demande en payement de dommages et intérêts pour préjudice matériel, condamné A à payer à B S.A. la somme de 49 152,76 € dans le cadre de sa demande reconventionnelle et débouté B S.A. pour le surplus de sa demande reconventionnelle, dit qu'il y a lieu à compensation judiciaire et refixé l'affaire à une audience ultérieure pour continuation des débats.

Par exploit du 1er février 2010, A a régulièrement relevé appel du jugement du 18 décembre 2009 et demande de le réformer.

Il réclame en instance d'appel le montant de 27 688,39 € à titre de dommage moral équivalant à un mois de salaire, alloué prétendument en cas de licenciement abusif suivant une jurisprudence constante, et le montant de 359 949,07 € à titre de dommage matériel pour une période de référence de 24 mois.

Quant au préjudice matériel réclamé, A fait valoir que le contrat de travail (article 4.1 p. 4) prévoyait un délai de préavis de 12 mois en cas de licenciement, préavis que le tribunal de première instance n'a pas pris en compte. Au moment de la conclusion de son contrat de travail avec C S.A., contrat de travail qui a été par la suite transféré à B S.A., il a signé un Investment Agreement, d'après lequel il investissait lui-même une somme non négligeable dans C S.A. L'article 12.8 (b) de ces statuts prévoit, pour ce qui concerne le cas spécifique de la partie appelante que celle-ci ne peut résilier son investissement dans C S.A. qu'avec un préavis de 12 mois.

L'appelant affirme encore que le contrat de travail contient une clause de non-concurrence très restrictive concernant les activités lui permises après le licenciement et portant sur une durée d'un an, pendant laquelle durée il ne peut être actif dans le même secteur sans qu'une quelconque indemnité lui soit accordée en contrepartie, limitant ainsi de facto largement son champ de manœuvre dans la recherche d'un nouveau travail.

Par ailleurs, dans le secteur financier dans lequel il doit rechercher un nouveau travail, au vu de la période de crise actuelle dans ce secteur, une telle recherche serait devenue extrêmement difficile.

Il fait valoir qu'au vu de son âge, 50 ans, au vu du fait qu'il a travaillé d'arrache-pied pendant trois ans d'affilée pour son ancien employeur, travaillant 7 jours sur 7, régulièrement jusqu'à 16h par jour, travaillant même pendant ses congés et étant obligé de les interrompre fréquemment, au vu de la spécialité du domaine dans lequel il a travaillé, de son salaire élevé qu'il a touché qui lui permettait un certain style de vie qu'il a dû abandonner suite à son licenciement intervenu de manière totalement abusive, du contexte économique actuel catastrophique, il y aurait lieu de fixer une période de référence de 18 mois.

En fixant une période de référence de 5 mois, le tribunal aurait largement sous-évalué le dommage matériel subi par la partie appelante.

Au cas où le licenciement était déclaré abusif en instance d'appel, B S.A. demande la confirmation du premier jugement quant aux dommages moral et matériel.

B S.A. relève appel incident et demande de déclarer le licenciement régulier estimant que les faits invoqués à son appui sont clairs et précis et suffisamment réels et sérieux pour justifier ce licenciement.

B S.A., pour expliciter les faits à la base du licenciement de l'appelant, se réfère à la lettre de motivation dont le contenu est le suivant :
"*1. As of 1 June 2005, you have been employed within the C of companies (hereafter "C" or "C"). Initially via C S.A. and subsequently via B SA., a public*

limited company established under the laws of Luxembourg, having its registered office at L-(...), registered with the Luxembourg Register of Trade and Commerce under number (...), as Chief Executive Officer ("CEO").

In this capacity, you had inter alias the duty (i) to use at all times all reasonable endeavors to promote the interests and welfare and maintain the goodwill of the C and not to do and to exercise all reasonable endeavors to prevent there being done anything which may be prejudicial or detrimental to the C; (ii) to fall fully and diligently perform your duties as CEO.

2. The decision to unilaterally terminate your employment agreement on 1st December 2008 was the cumulative result of the following actions and/for non-actions and/or non-actions on your behalf which not only demonstrated your lack of performance as CEO of C, but also the fact that, by your actions, you had harmed the reputation of the C and jeopardized the conclusion of a substantial deal with D, which was during November 2008, without prejudice to a more precise date, the only credible option that CK had to avoid insolvency.

i.
On 31 October 2008, without prejudice to a more precise date, you refused to participate in a management exercise to produce a detailed forecast of how the

business of C could reach break-even at a €30m funding level. Initially, you had produced a summary model for Barclays (which you forwarded to them on 27 October 2008) showing that this was possible but later you dismissed this as simply a "box ticking exercise with Barclays".

ii.
Furthermore, during November 2008, without prejudice to a more precise date, it became apparent during negotiations with a potential buyer of C that you had failed to advise the Board of C of the date by which C had to give notice to the Licensor, K, of its intention to extend its exclusivity over the FinXpress software (clause 3.2 of the License and Maintenance Services agreement on F` March 2006). As a matter of fact, the date, ie. 6 months before the end of the initial exclusivity period which ended on 31 December 2008, was missed and C lost the irrevocably opportunity to extend the exclusivity for €150,000.

This failure on your behalf seriously weakened C's negotiating position with the potential buyer of C. In addition, C has since been informed by the Licensor that it does not wish to extend the exclusivity and this will undoubtedly harm the future value of C's business.

iii.

At a meeting on 28 November 2008 between you and other C managers, including E and F, and the potential buyer represented by G and H of D, we were informed by D that you had taken an aggressive and obstructive stance in trying to negotiate a management deal and the purchase of the FinXpress software.

Whilst the meeting was held with the agreement of the C Board in order to progress the transaction, your approach, effectively demanding 25% of the business for management and €5m to purchase the software, was not authorized (as the outline terms had already been agreed) and, thus, threw the transaction into question.

In this context, it is worthwhile to stress the fact that previously you had been given the opportunity to attend a meeting with D in Munich on 23 November 2008 where I and J negotiated the outline terms but you declined said invitation at the last minute despite having previously agreed to attend. In addition, you failed to dial-in to a prearranged Board call on the evening of 23 November 2008 to discuss the outline terms of the above mentioned deal.

iv.
On a more general basis, for a period of 42 months during your tenure as CEO of C, you have been responsible for preparing the budgets and forecasts for the business relating to its costs and projected income. Your original capital forecast for the business to reach profitability was in the region of €9m. However, at the point of your dismissal, after €18m of capital had been injected, without which business would have folded, the business conservatively required a further €3.5m to remain solvent. This tremendous difference between your Initial forecast and the additional Input, without which C could not have survived, sufficiently demonstrable your lack of competence as CEO of C.

Beside, you oversaw the company's strategy in expanding offices in both Germany and France. In this context, you failed to adequately vet the competency of the staff appointments and you failed to ensure the company's credit checking systems were adequate resulting in a 10% loss of book value through bad debts. This was both ten times the level you budgeted and ten times above the level normally experienced within the industry. The executive management failure, for which you were responsible, left the company with a weakened balance sheet and contributed to the company's inability to refinance its loan book, which has led to a wind down of the principal loan book of the business.

It results from the above that the continuance of the employment relationship between you and C was no longer bearable and that we had, thus, to unilaterally terminate your employment agreement in order to avoid a bigger harm to C."

B S.A. soutient que contrairement à l'avis des juges de première instance, les faits énoncés sont suffisamment précis pour correspondre aux exigences de la loi.

En ce qui concerne la précision des motifs du licenciement, la Cour retient que les juges de première instance ont fait une correcte application des dispositions légales et une juste appréciation du contenu de la lettre de motivation en disant que :
« Dans le cadre de cette recherche d'un acquéreur potentiel, il y a lieu de retenir que les deux motifs de licenciement libellés sub ii) et iii) de la lettre de motivation énoncent des griefs précis et matériellement vérifiables.

Par contre, la lettre de motivation qui énonce le grief sub i) *(« on 31 October 2008, without prejudice to a more precise date, you refused to partiçipate in a management exercice to produce a detailed forecast of how the business of C could reach break-even at a 6' 30 m funding level ... »)* n'énonce pas à suffisance des circonstances de nature à permettre aux juges d'en apprécier la réalité et le sérieux.

De même, en ce qui concerne le motif iv) pris de la mauvaise performance en général du requérant, l'énoncé de ce motif n'est pas de nature à révéler à ce dernier la nature exacte du manquement lui reproché dans l'exercice de ses fonctions. S'il est vrai que la défenderesse décrit, chiffres à l'appui, le manque de résultats même après une recapitalisation, la défenderesse reste cependant en défaut de spécifier les causes qui sont à l'origine de cette mauvaise performance et plus particulièrement, elle reste en défaut d'indiquer les circonstances permettant d'en imputer la responsabilité à son ancien CEO. Il est en effet de jurisprudence constante qu'il incombe à l'employeur de caractériser l'insuffisance professionnelle, sinon la mauvaise performance professionnelle du salarié, reproche qui ne "saurait en aucun cas être déduit à partir de la constatation de mauvais résultats financiers et circonstance, qui à l'époque du licenciement, en décembre 2008, ne trouve pas nécessairement son origine dans cette mauvaise performance alléguée. »

C'est dès lors à bon escient que le tribunal du travail a écarté les motifs sub i) et iv) de la lettre de motivation pour défaut de précision.

En ce qui concerne le motif énoncé sub ii., B S.A. fait valoir qu'elle avait conclu, en date du 6 décembre 2005, un contrat de licence pour l'utilisation exclusive d'un logiciel informatique "FinXpress" avec la société K et ce contrat garantissait l'utilisation exclusive du logiciel jusqu'au 31 mai 2008.

La période d'exclusivité en fut étendue jusqu'au 31 décembre 2008 et en vertu de la clause 3.2 du contrat de licence, une option de prolongation de l'utilisation exclusive du logiciel pour une nouvelle période de trois années était octroyée en faveur de B S.A., option qui devait être exercée au plus tard six mois avant l'expiration de la première période, soit six mois avant le 31 décembre 2008.

En tant que *"Chief Executive Officer"* l'appelant avait été chargé de la gestion journalière des activités et en cette fonction, il aurait dû avertir le conseil

d'administration en temps utile de la nécessité d'exercer l'option pour garantir le renouvellement de la licence exclusive pour trois ans, ce qu'il a cependant omis de ce faire, de sorte que le délai pour le renouvellement de la licence exclusive expirait sans que l'option ne fut exercée et que B S.A. ne bénéficiait plus de l'exclusivité d'utilisation de ce logiciel.

La perte de l'exclusivité du logiciel aurait affaibli le potentiel de négociations en vue d'une acquisition de B S.A., par un acquéreur potentiel.

Cette faute revêtirait un caractère assez grave pour rendre impossible toute collaboration future avec l'appelant et pour justifier son licenciement du poste de *"Chief Executive Officer"*.

Quant au motif énoncé sub iv., B S.A. fait valoir que A était très négatif dans son approche quant à toute solution à trouver pour garantir le financement de B S.A. suite à la notification d'arrêt de la ligne de crédit par Barclays et que lors d'une réunion avec D, repreneur potentiel de B S.A. en date du 28 novembre 2008, A faisait preuve d'une attitude très agressive et négative, ce qui résulterait de courriels et des pièces versées en cause.

A aurait aussi informé Vantargis du fait que la date limite pour prolonger l'exclusivité de la licence FinXpress avait expiré et qu'il faudrait payer un million d'euros pour garder la licence et que l'achat des droits sur le logiciel FinXpress couterait 5 millions d'euros, sans que ces démarches n'aient été discutées préalablement avec B S.A. qui ne les approuvait pas.

A aurait soulevé la revendication que le management devrait recevoir, suite à la transaction, vingt-cinq pourcent des actions du nouveau groupe à créer sans que cette revendication ait été discutée préalablement avec B S.A., tandis que selon la transaction prévue avec D, les actionnaires de B S.A. dans leur ensemble, n'étaient supposés détenir que 25 % du capital du nouveau groupe, comportement contraire aux intérêts de B S.A. et de ses actionnaires et qui de la part du *"Chief Executive Officer"* était parfaitement intolérable,

En sa fonction de *"Chief Executive Officer",* A aurait été tenu de participer à la conférence téléphonique du conseil d'administration du 23 novembre 2008 de C, ce qu'il omit de faire, montrant son désintérêt à trouver un accord avec le repreneur potentiel D.

A aurait fait état de mauvaise foi en refusant à la dernière minute sa participation à une réunion avec D à Munich en date du 23 novembre 2008, d'autant plus qu'il avait confirmé sa participation,

Tous ces actes constitueraient des actes de sabotage de la part de l'appelant mettant en cause la reprise de B S.A. par D, prouvés à suffisance de droit et revêtiraient un caractère réel et sérieux, entraînaient une perte de confiance totale de B S.A. et de ses actionnaires dans le chef de l'appelant rendant impossible toute collaboration future.

Le licenciement devrait dès lors être déclaré régulier.

A demande la confirmation du jugement entrepris en ce qui a déclaré abusif le licenciement.

La Cour retient que les juges de première instance ont fait une correcte appréciation tant en droit qu'en fait en disant que « quant aux deux motifs restants, ceux-ci ont été libellés de façon précise uniquement en ce que la défenderesse y reproche au requérant d'avoir omis d'informer la société de licence de son souhait de vouloir continuer à avoir l'exclusivité de son logiciel et en ce que la défenderesse y reproche au requérant d'avoir essayé par son attitude agressive et obstructive, en refusant de se rendre à une réunion, sinon en n'ayant pas été présent lors d'une conférence téléphonique, pendant les négociations avec la société D d'avoir ainsi essayé d'empêcher la transaction.

Ces deux motifs pris ensemble ne constituent cependant pas une cause réelle et sérieuse pouvant valoir grief de licenciement, en tenant compte dans l'appréciation des faits y décrits sub ii) et iii) des nombreux échanges d'e-mails et courriers versés au dossier, montrant sans équivoque que les problèmes en relation avec l'exclusivité de cette licence ainsi que ceux tenant aux négociations avec la société D étaient beaucoup plus complexes qu'un simple acte d'insubordination tel que reproché au requérant. (vo pièces B2, B3, B4, B5, B6, 137,,138, B9, B10, B11 et C1 (page 2), C2, C3, C4, C5, C6, C7, C8,C9, ..., C13, ..., C22, C23, C24, ..., C33).

C'est dès lors à juste titre que les juges de première instance ont déclaré le licenciement avec préavis intervenu à l'égard de A le décembre 2008 abusif.

En ce qui concerne les dommages et intérêts réclamés par A à titre de préjudices matériel, les juges de première instance ont fait une juste appréciation en disant que, « en considération des éléments du dossier et du montant de 138 441,95 € lui alloué à titre d'indemnité compensatoire de préavis équivalant à 5 mois de salaire, le tribunal du travail a estimé que A n'avait pas subi de préjudice matériel. »

Le tribunal du travail a encore, à bon escient, fixé le dommage moral au montant de 5 000 €.

Il convient dès lors, quant à la demande principale de A, de confirmer le jugement entrepris du 18 décembre 2009 dans la mesure où il a déclaré le licenciement avec

préavis de A du 1er décembre 2008 abusif et condamné B S.A. à payer à de A la somme de 5 000 € à titre de dommage moral, déboutant l'appelant de sa demande en paiement de dommages et intérêts pour préjudice matériel.

Quant à la demande reconventionnelle de B S.A. présentée en première instance, la partie intimée déclare ne pas relever appel en ce qu'elle a été partiellement déboutée de cette demande. Il y aurait cependant lieu à confirmation du premier jugement en ce qui concerne la condamnation de A au montant de 49 152,76 €.

En ce qui concerne le montant alloué en première instance à B S.A. à titre de demande reconventionnelle, A conteste que ce montant faisant l'objet de débits de sa carte de crédit de la société concerne des dépenses purement personnelles et estime que B S.A. serait à débouter de cette demande et il n'y aurait pas lieu à compensation judiciaire.

C'est cependant à juste titre que les juges de première instance ont retenu le montant de 49 152,76 € étant donné que ce montant, tel qu'il résulte des relevés et pièces versées en cause par la partie intimé a trait exclusivement à des dépenses purement personnelles opérées par l'appelant par le biais de la carte de crédit de la société.

Le premier jugement est par conséquent à confirmer quant à cette condamnation et quant à la compensation judiciaire prononcée.

A et B S.A. réclament chacun une indemnité de procédure de 5 000 €.

Cette demande sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile est à déclarer non fondée, les parties appelante intimée ne justifiant pas en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge les frais par elles exposés non compris dans les dépens.

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,

reçoit les appels principal et incident ;

les dit non fondées et en déboute ;

confirme le jugement entrepris du 18 décembre 2009 ;

rejette les demandes basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

fait masse des frais et dépens de l'instance d'appel et les impose pour moitié à chacune des deux parties ;

dit qu'il n'y a pas lieu à distraction au profit de Maître Max MAILLET.