

SOC.

CF

COUR DE CASSATION

Audience publique du 13 mars 2019

Rejet non spécialement motivé

Mme FARTHOUAT-DANON, conseiller doyen faisant fonction de président

Décision n° 10249 F

Pourvoi n° C 17-26.819

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu la décision suivante :

Vu le pourvoi formé par la société LBO France gestion, société par actions simplifiée, dont le siège est [...],

contre l'arrêt rendu le 10 octobre 2017 par la cour d'appel de Paris (pôle 6, chambre 4), dans le litige l'opposant :

1°/ à Mme U... N..., domiciliée [...],

2°/ à Pôle emploi Ile-de-France, dont le siège est [...], [...],

défendeurs à la cassation ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 5 février 2019, où étaient présents : Mme FARTHOUAT-DANON, conseiller doyen faisant fonction de président, M. Ricour, conseiller rapporteur, Mme Van Ruymbeke, conseiller, Mme Dumont, greffier de chambre ;

Vu les observations écrites de la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat de la société LBO France gestion, de Me Haas, avocat de Mme N... ;

Sur le rapport de M. Ricour, conseiller, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Vu l'article 1014 du code de procédure civile ;

Attendu que les moyens de cassation annexés, qui sont invoqués à l'encontre de la décision attaquée, ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Qu'il n'y a donc pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée ;

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société LBO France gestion aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société LBO France gestion à payer à Mme N... la somme de 3 000 euros ;

Ainsi décidé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du treize mars deux mille dix-neuf.

MOYENS ANNEXES à la présente décision

Moyens produits par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils, pour la société LBO France gestion

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR confirmé le jugement en ce qu'il a condamné la société LBO France Gestion à payer à Mme N... les sommes de 759 228 euros de rappel de salaire au titre de l'intéressement et 75 922 euros au titre des congés payés afférents, de 173 590 euros à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, de 44 258,30 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés et de 4 425,83 euros au titre des congés payés afférents, de l'AVOIR confirmé en ce qu'il a ordonné la capitalisation des intérêts dans les conditions de l'article 1154 du code civil, a ordonné à l'employeur de remettre à la salariée un certificat de travail, une attestation Pôle Emploi et un bulletin de salaire rectifiés et en ce qu'il a condamné la société LBO France Gestion à payer à la salariée la somme 1 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens, d'AVOIR condamné la société LBO France Gestion à payer à Mme N... les sommes de 76 379,85 euros au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement, avec intérêt au taux légal à compter du jour où l'employeur a eu connaissance de la demande et d'AVOIR condamné la société LBO France Gestion aux dépens d'appel, et à payer à la salariée la somme de 5 000 euros en vertu de l'article 700 du code de procédure civile au titre des frais irrépétibles exposés en cause d'appel ;

AUX MOTIFS QUE « 1) U... N... conteste le versement effectué par son employeur de la part d'intéressement prévue dans son contrat de travail qui, selon elle, aurait dû être calculée au taux de 0,1% ainsi qu'il était stipulé dans son contrat et ce, par centaine de millions d'euros levés, alors que son employeur a tenté de lui faire signer un avenant qui prévoyait un calcul au taux de 0,05% et qui en outre limitait la base de calcul à « un équivalent des fonds levés permettant à LBO FRANCE de bénéficier d'un carried interest de 20% » ; elle est devenue actionnaire à concurrence de 111 titres en

souscrivant un emprunt dont le montant ne pouvait donc pas correspondre à une diminution de sa rémunération ; elle a régulièrement contesté les calculs de ses bonus annuels. U... N... conteste le caractère discrétionnaire de cet intéressement qui correspondait à une partie de son salaire et qui était très précisément défini et versé en rémunération des fonctions qui lui étaient dévolues. Il n'y avait pas lieu de tenir compte d'un chiffre d'affaires net des rétrocessions générées par les souscripteurs, la seule condition contractuelle étant le montant d'euros levés, peu important que les fonds aient été levés avec ou sans son intervention, aucune restriction n'était mentionnée.

La SAS LBO France Gestion considère pour sa part, en interprétant le contrat, qu'il convient de tenir compte pour le calcul du bonus de l'ensemble des fonds effectivement levés entrant dans le calcul du chiffre d'affaires sur les fonds levés par l'intermédiaire de la salariée dans le cadre de son emploi et du reste des équipes de la société ; devaient être exclu du calcul, les fonds levés sans démarche commerciale de U... N... ou des équipes, ce qui correspondait à la commune intention des parties.

Au vu des éléments du débat, il apparaît que la rémunération fixée par la SAS LBO France Gestion comportait non seulement une partie fixe mais également une partie variable définie contractuellement comme un « intéressement » calculé en pourcentage sur des levées de fonds ; il ne s'agissait donc pas d'une prime sur objectifs, autrement dénommée bonus, à défaut de fixation d'objectifs, ni d'une commission qui aurait eu pour objet de récompenser les ventes résultant d'une action personnelle du commercial, et cette formule ne correspondait pas davantage à un intéressement qui a un caractère nécessairement collectif, le champ d'application ne pouvant pas être limité à une certaine catégorie de salariés.

La clause prévoyait donc le versement d'une prime d'entreprise, destinée à récompenser une performance, le périmètre à envisager pour l'appréciation de cette prime étant en question, car la salariée invoque l'ensemble des levées de fonds traitées par la SAS LBO France Gestion tandis que celle-ci prétend limiter ce périmètre aux seules levées de fonds réalisées par la salariée.

Il convient donc de se reporter à la « commune intention des parties » appréciée au moment de la signature du contrat de travail, étant constaté que cette question n'a pas pu être résolue dans le cadre de la médiation judiciaire précédemment ordonnée par la cour et qui n'a pas abouti.

La SAS LBO France Gestion prétend à juste titre que la clause ayant introduit dans le contrat de travail un bonus n'était pas suffisamment claire au regard des usages et de la commune intention des parties ; cependant c'est à tort que, a posteriori et donc tardivement, elle a tenté de faire signer à la salariée, le 19.06.2007, un avenant modifiant les conditions d'attribution de cette prime, non seulement en ce qui concerne le taux mais aussi la base de calcul, ce que U... N... était en droit de refuser.

Aucune disposition conventionnelle n'était applicable et le calcul de cet « intéressement » devait être fondé sur des éléments objectifs, indépendants de la volonté de l'employeur.

Il apparaît des pièces versées que, dès le 26.01.2006, la salariée a formé une réclamation à son employeur sur le montant de la prime qui lui avait été accordée au titre de sa première année complète d'emploi, cette réclamation étant réitérée régulièrement par la suite jusqu'à la mise en demeure du 26.03.2010 ; un litige a donc bien existé dès l'origine.

La SAS LBO France Gestion ne peut pas se référer à des usages professionnels relatifs aux commissions de gestion, puisqu'il s'agit d'une prime d'une nature différente en vigueur dans cette entreprise.

En l'absence d'élément suffisamment précis sur l'intention commune des parties qui sont contraires dans les explications données à la cour, il y a donc lieu de se référer au texte littéral et par suite de faire droit aux prétentions de la salariée sur le principe.

Sur le quantum, la SAS LBO France Gestion se prévaut de l'avis officieux de l'expert qu'elle a consulté et qui a rédigé son rapport le 07.10.2016 ; or l'expert reconnaît que « Le contrat de travail n'est pas explicite sur le niveau et le calcul de l'intéressement pour les levées de fonds (bonus) » et que cet intéressement a été calculé depuis 2004 sur la base de 0,1%

des commissions nettes perçues par l'employeur ; le caractère discrétionnaire n'est pas démontré ; il expose que la SAS LBO France Gestion calcule généralement le bonus sur les commissions qu'elle perçoit effectivement alors que le contrat de travail signé avec l'employeur n'a fait référence pour ce calcul qu'aux tranches de 100 millions d'euros levés sans précision supplémentaire, et l'expert reconnaît que la lecture de la SAS LBO France Gestion ne « correspond pas précisément à la lecture littérale du contrat » (p.8).

Compte tenu de l'imprécision de la clause litigieuse et au vu de la décision rendue, l'employeur ne peut opposer qu'il convient d'exclure du calcul de cet « intéressement » les fonds levés sans qu'aucune démarche commerciale ait été réalisée par U... N... ou par des équipes de la société.

Par suite il convient de faire droit à la demande de la salariée telle qu'elle en justifie, et de condamner la SAS LBO France Gestion au paiement de 759 228 € outre les congés payés, les sommes dues étant liées à son activité et entrant dans le calcul de l'assiette des congés payés, et de confirmer le jugement rendu.

(
) Il serait inéquitable que U... N... supporte l'intégralité des frais non compris dans les dépens tandis que la SAS LBO France Gestion qui succombe doit en être déboutée » ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE « Le contrat de travail dispose, dans son article 4, qu'en rémunération de ses fonctions, Mme N... percevra une rémunération sur une base annuelle de 130 000 euros pour les 6 premiers mois de son contrat, et après 6 mois, une rémunération de 100 000 euros par an, avec intéressement sur levées de fonds à hauteur de 100 000 euros par centaine de millions d'euros levée. Il précise par ailleurs que toutes primes, dont la prime évoquée ci-dessus, versées par LBO France Gestion en complément du salaire ne pourront être considérées comme un usage ou une rémunération contractuelle, LBO France Gestion se réservant le droit de supprimer ou réviser à tout moment, de manière discrétionnaire, de telles primes accordées à titre de libéralité. Il prévoit enfin que Mme N... aura la possibilité d'investir dans les fonds.

Il est de jurisprudence constante que la rémunération contractuelle d'un salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans son accord et que le défaut de paiement, le retard dans le paiement ou le paiement incomplet de la rémunération caractérisent une inexécution contractuelle de la part de l'employeur justifiant que le salarié prenne acte de la rupture du contrat à ses torts.

S'agissant de l'intéressement, il revêt à l'évidence un caractère contractuel dès lors que, comme en l'espèce, il est expressément prévu au contrat et que son assiette est clairement définie, et ce, malgré le caractère contradictoire des dispositions finales de l'article 4 qui prévoient qu'il ne peut être considéré comme un usage ou une rémunération contractuelle et que l'employeur pourra le supprimer ou le réviser à tout moment et de manière discrétionnaire, en le qualifiant, à tort, de libéralité. La rédaction de l'article 4 exclut en effet qu'il puisse s'agir d'une prime ou d'un bonus discrétionnaire dans la mesure où son assiette est déterminée par le contrat et où il est accordé à la salariée en rémunération de ses fonctions, de sorte qu'il constitue un élément de son salaire que l'employeur ne peut modifier sans son accord, Par ailleurs, son assiette (intéressement sur levées de fonds à hauteur de 100000 euros par centaine de millions d'euros levée) ne contient aucune restriction de nature à justifier les exclusions invoquées par l'employeur (montants levés ne rapportant pas de chiffres d'affaires, montants levés faisant l'objet de rétrocessions de chiffres d'affaires à des intermédiaires) qui se réfère à la notion de montant net des levées de fonds qui n'est pas contractuelle, étant ajouté que cet intéressement est sans rapport avec le fait que la salariée ait souscrit des parts dans la société. Enfin, Mme N... verse aux débats des courriels et des lettres qui démentent formellement les allégations de la SAS LBO sur le caractère limité de sa contribution dans les fonds levés et la présentation de nouveaux investisseurs (mails de félicitations) et sur la tardiveté de sa demande (mails et courriers de relances faisant état de son désaccord sur le montant de son intéressement depuis 2005 et réclamant, en vain, le paiement de son dû).

Et dans la mesure où Madame N... démontre, par le tableau précis et détaillé qu'elle fournit, que la SAS LBO lui est redevable à ce titre d'une somme très importante pour la période non-prescrite de 2005 à 2010, le grief est établi.

(

) Sur les demandes de Mme N... :

La prise d'acte produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, Mme N... a droit:

- à un rappel de salaire au titre de son intéressement pour la période non prescrite d'un montant de 759 228 euros conformément à son tableau récapitulatif susvisé qui n'appelle pas de critiques, outre la somme de 75 922 euros au titre des congés payés afférents, les sommes dues étant liées à son activité et entrant incontestablement dans le calcul de l'assiette des congés payés,
- à une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse qui, sur le fondement de l'article L.1235-3 du code du travail, ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois: au vu de son ancienneté (6 ans et 8 mois), des conditions dans lesquelles est intervenue la rupture des relations contractuelles, du fait qu'elle a retrouvé très vite un autre emploi, cette indemnité sera fixée à 173 590 euros sur la base de son salaire reconstitué après intégration de son intéressement,
- à des dommages et intérêts pour la perte de chance de réaliser des plus-values sur ses parts de carried interest si son contrat de travail n'avait pas été rompu du fait de l'employeur. S'agissant d'une perte de chance, Mme N... ne peut prétendre qu'à l'allocation d'une somme en réparation de son préjudice et non à la totalité des gains potentiels : au vu des circonstances de la cause et des éléments contenus dans l'expertise qu'elle a diligentée, il lui sera alloué une somme de 900 000 euros qui réparera justement son préjudice,
- à une indemnité compensatrice de préavis égale à trois mois de salaire, soit 44 258,30 euros et 4425,83 euros au titre des congés payés afférents,
- à une indemnité conventionnelle de licenciement qui, calculée en fonction de son ancienneté, des dispositions conventionnelles et de son salaire reconstitué, s'élève à 79 504,49 euros.

Les sommes allouées à Mme N... produiront intérêts au taux légal à compter de la réception) par la SAS LBO, de la convocation devant le bureau de conciliation pour les créances de nature salariale et à compter du jour du prononcé du présent jugement pour les créances à caractère indemnitaire,

Les intérêts échus des capitaux produiront eux-mêmes des intérêts au taux légal dès lors qu'il s'agit d'intérêts dus au moins pour une année entière conformément à l'article 1154 du code civil.

Sur les documents de fin de contrat:

Il sera fait droit à la demande en ordonnant à la SAS LBO de remettre à Mme N... un certificat de travail, une attestation Pôle Emploi et un bulletin de salaire rectifiés, conformes aux termes du présent jugement, dans le délai d'un mois suivant sa notification.

(
) Sur les dépens et l'article 700 du code de procédure civile:

La SAS LBO sera condamnée aux dépens en application de l'article 696 du code de procédure civile.

Il serait inéquitable de laisser à la charge de Mme N... la totalité des frais irrépétibles qu'elle a exposés et qui ne sont pas compris dans les dépens. La SAS LBO sera donc condamnée à lui payer la somme de 1 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile. » ;

1°) ALORS QUE l'ambiguïté d'un contrat crée à la charge du juge une obligation d'interprétation de la commune intention des parties dont il ne peut s'affranchir en s'arrêtant au sens littéral de l'acte ambigu ; qu'en l'espèce, constatant que la clause prévoyant le versement d'une prime définie contractuellement comme un « intéressement » calculé en pourcentage sur des levées de fonds était ambiguë, la salariée invoquant l'ensemble des levées de fonds traités par la

société LBO France Gestion tandis que celle-ci prétendait limiter ce périmètre aux seules levées de fonds réalisées directement par la salariée ou les équipes de la société, la cour d'appel a estimé devoir se reporter à la « commune intention des parties » appréciée au moment de la signature du contrat de travail » ; qu'en jugeant néanmoins qu'« en l'absence d'élément suffisamment précis sur l'intention commune des parties qui sont contraires dans les explications données à la cour, il y a donc lieu de se référer au texte littéral », la cour d'appel qui était tenue d'identifier la commune intention des parties, au-delà du texte littéral du contrat ambigu, a violé l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction applicable au litige ;

2°) ALORS QU'aux termes de l'article 1161 du code civil, dans sa rédaction applicable au litige, « Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier » ; qu'en l'espèce, la société LBO France Gestion exposait que faisant suite à la clause « emploi » qui explicitait les fonctions de la salariée en ces termes « Melle U... N... sera en charge des relations avec les investisseurs institutionnels dans le cadre des levées de Fonds sur nos trois véhicules d'investissement (Small caps, Mid caps et Immobilier), et plus généralement de toutes relations avec les investisseurs actuels et futurs », la clause « rémunération » du contrat de travail définissant la part variable de la rémunération de la salariée (« après 6 mois, une rémunération de 100 000 euros par an, avec intéressement sur levées de fonds à hauteur de 100 000 euros par centaine de millions d'euros levée »), en précisant que ces sommes étaient versées « en rémunération de ses fonctions », visait nécessairement les seules levées de fonds effectuées grâce au travail personnel de la salariée, voire des équipes de la société, à l'exclusion de celles-ci intervenues sans que l'intéressée ou les équipes y aient pris la moindre part ; qu'en faisant une lecture littérale et isolée de la clause de rémunération contenue au contrat, pour considérer que la part variable avait pour assiette toutes levées de fonds à hauteur de 100 000 euros par centaine de millions d'euros levés, sans rapprocher ces dispositions de celles relatives à l'emploi de la salariée, la cour d'appel qui n'a pas interprété les clauses de la convention litigieuse les unes par rapport aux autres pour dégager le sens de l'acte en son entier, a violé l'article précité, ensemble l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction applicable au litige ;

3°) ALORS QUE la contradiction de motifs équivaut à une absence de motifs ; que la cour d'appel, après avoir constaté que ce n'était qu'à compter du 26 janvier 2006, soit des années après la signature de son contrat conclu le 30 octobre 2003, que pour la première fois, la salariée avait contesté le calcul de son intéressement, a affirmé qu'un litige avait existé entre les parties « dès l'origine » sur l'assiette de l'intéressement à retenir ; qu'en statuant ainsi par des motifs contradictoires, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

4°) ALORS subsidiairement QUE le défaut de réponse à conclusions équivaut à un défaut de motif ; que dans ses conclusions d'appel (cf. p. 22, §7), oralement reprises (arrêt p. 5, §2), la société LBO France Gestion invitait la cour d'appel à désigner un expert judiciaire sur le fondement des articles 143,144 et 232 du code de procédure civile, pour procéder aux chiffrages des sommes éventuellement dues à la salariée au titre de l'intéressement contractuel pour les années 2006 à 2010 ; qu'en se bornant à faire droit à la demande de la salariée, au montant sollicitée par celle-ci, sans répondre au moyen tendant à la désignation d'un expert pour procéder à un chiffrage fiable, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR confirmé le jugement en ce qu'il a condamné la société LBO France Gestion à payer à Mme N... la somme de 900 000 euros à titre de dommages et intérêts pour la perte de chance, en ce qu'il a ordonné la capitalisation des intérêts dans les conditions de l'article 1154 du code civil et en ce qu'il a condamné la société LBO France Gestion à payer à la salariée la somme 1 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens et d'AVOIR condamné la société LBO France Gestion aux dépens d'appel, et à payer à la salariée la somme de 5 000 euros en vertu de l'article 700 du code de procédure civile au titre des frais irrépétibles exposés en cause d'appel ;

AUX MOTIFS QUE « 2) Sur les « carried interests », il est constant que le contrat de travail se borne là encore à prévoir que la salariée aura la possibilité d'investir dans les fonds de placement (article 4). Les carried interests représentent la part revenant aux dirigeants et collaborateurs sur les plus-values réalisées par le fond d'investissement lors de la cession des participations, la souscription des parts se faisant nécessairement à l'issue de la levée de fonds auprès des investisseurs.

U... N... reproche à son employeur de ne pas avoir poursuivi à son égard sa politique en matière de carried interests à partir de 2008 alors qu'elle avait pu en bénéficier régulièrement depuis 2005, en raison de son rôle déterminant vis à vis des investisseurs institutionnels, il s'agissait donc d'un usage constant, mais aussi général car équivalent pour les autres membres de l'équipe transverse, et fixe au vu du pourcentage attribué jusque là. U... N... se prévaut de la note signée de P. O..., membre du « Board », du 22.04.2008, confirmant sans ambiguïté l'allocation de carried interests sur le fond WKVIII en ce qui la concerne à hauteur de 1,5% alors que c'est un pourcentage de 1% qui lui a été attribué à partir de 2008 et qu'aucune allocation ne lui a été destinée par la suite ; ce document ne constituait pas un simple document de travail ; à partir de mai 2009, U... N... a formé des réclamations en vue de la souscription de carried pour le fonds WKVIII alors que d'autres collègues étaient déjà en capacité de le faire et son employeur a été mis en demeure, sans succès, de fournir des explications à ce sujet dans le courrier LRAR du 26.03.2010. Elle prétend pouvoir revendiquer l'allocation de carried interest même si elle n'était plus dans l'entreprise dès lors que les levées de fonds avaient été cloturées ou avaient fait l'objet de closing ou appels de fonds ce dont elle justifie.

La SAS LBO France Gestion conteste la portée du document signé par P. O..., qui avait été annexé au questionnaire relatif au fonds WKVIII daté du 14.12.2007, que l'entreprise qualifie de document purement indicatif à destination de tiers ; l'employeur conteste toute discrimination et la salariée a bénéficié de contrats de prêts pour réaliser les souscriptions, leur mise en place a pris du temps ; il justifie de l'instruction du 29.12.2009 de la Direction générale des finances publiques selon laquelle les salariés ou dirigeants soumis au régime des salariés doivent exercer, au moment de la souscription ou de l'acquisition des parts ou actions de carried interests, leur activité salariée ou mandat social dans une société de gestion d'un FCPR et percevoir un salaire au titre du contrat de travail les liant à cette société ; il en résulte que, du fait de sa prise d'acte, U... N... avait perdu la qualité de salariée l'autorisant à souscrire des parts de carried interests dans les fonds gérés, l'allocation des parts était intervenue postérieurement.

La première question en litige est relative au pourcentage de carried interest accordé par la SAS LBO France Gestion après avril 2008.

Il convient de relever que sont produits aux débats, les documents relatifs à la répartition du carried interest de certains fonds tels Hexagone II et FCPR Hexagone II qui font état de l'application du taux de 1% à U... N... avant avril 2008 et de son côté la SAS LBO France Gestion produit un tableau mentionnant l'application de ce taux de 1% sur les carried attribués à U... N... depuis 2006 sous réserve de deux fonds ; cependant il est exact que le document joint au fonds WKVIII précise un taux de 1,5%. De plus il est constant que U... N... a effectivement souscrit des parts de carried interest du fonds White Knight VIII à hauteur de 1% financé au moyen d'un prêt consenti par son employeur ; et elle a rappelé dès le 26.05.2009 le taux qui devait lui être appliqué conformément au document du 22.04.2008 qui n'avait pas de caractère purement indicatif ; en effet des documents similaires avaient été rédigés antérieurement mentionnant un taux de 1% qui est donc confirmé.

En second lieu, U... N... relève n'avoir perçu aucun pourcentage de carried interest sur certains fonds alors qu'elle était salariée de l'entreprise et qu'elle avait participé à la levée de fonds. Il convenait cependant de faire application de l'instruction du 29.12.2009 de la Direction générale des finances publiques pour limiter les souscriptions à celles réalisées lorsque la salariée était encore en poste, soit jusqu'à la date de la prise d'acte ; c'est ainsi que pour les carried interested sur les fonds : Geoxia et Altercap I bis, Hexagone III et White Stone V il est justifié de ce que U... N... n'était plus salariée lors de la fin de période de souscription.

Enfin, il est exact que U... N... a été contrainte de céder ses parts de carried interest à leur valeur nominale en application des promesses de cession qui avaient été signées au moment de la souscription, ce qui l'a effectivement privée de l'opportunité de percevoir une plus-value si son contrat de travail n'avait pas été rompu.

De ces éléments il est établi une perte de chance.

Sur l'indemnisation de la perte de chance relative aux seuls droits à carried interests judiciairement reconnus, le premier juge a rappelé à bon droit que la salariée ne pouvait prétendre à une indemnisation correspondant à la totalité des gains potentiels. S'agissant d'une perte de chance, la cour estime, au vu des documents produits et notamment des rapports rédigés par les experts de part et d'autre, que le préjudice subi doit être fixé à la somme de 900 000 € et que le jugement

rendu doit donc être confirmé.

(
) En l'espèce, la salariée dans son courrier en date du 08.07.2010 reproche à bon droit à son employeur de ne pas avoir respecté les termes de son contrat de travail en ce qui concerne le calcul de ses primes, le taux appliqué à partir de 2008 et le versement de primes, ce qui a été démontré. Cette faute à elle seule est de nature à justifier la prise d'acte de rupture du contrat de travail, l'employeur par son silence ayant opposé un refus explicite aux réclamations réitérées de la salariée même si par ailleurs certaines des sommes dues avaient été versées.

(
) Il serait inéquitable que U... N... supporte l'intégralité des frais non compris dans les dépens tandis que la SAS LBO France Gestion qui succombe doit en être déboutée » ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QU' « en ce qui concerne les carried interest, l'analyse des pièces du dossier confirme les dires de Mme N...: en effet, elle a perçu régulièrement de 2005 à 2008, et pour l'ensemble des fonds, des carried interest sur la base d'un pourcentage sur les fonds levés qui est passé de 0,60 % à 1 %, tel était le cas également des autres salariés et dans une note officielle du 22 avril 2008 destinée aux investisseurs, l'employeur a fixé le montant des allocations de carried sur le fonds White Knight 8 pour tous les salariés, celui de Mme N... étant de 1,5 %. Ces éléments caractérisent à l'évidence l'existence d'un usage en ce qu'il répond aux critères de constance, de généralité et de fixité requis et, par voie de conséquence, cet usage revêt un caractère contraignant pour la SAS LBO qui ne peut valablement soutenir que sa note précitée n'était qu'un document de travail. Or, Madame N... rapporte la preuve qu'en 2008, son allocation de carried interest n'a pas été calculée en fonction du pourcentage convenu de 1,5 % sur le fonds White Knight 8 et les fonds associés, qu'elle n'a perçu aucun carried interest en 2009 et 2010 sur certains fonds déterminés et qu'elle n'a jamais reçu de réponse à ses réclamations. Dans ces conditions, ce grief est lui aussi établi.

(
) Sur les demandes de Mme N... :

La prise d'acte produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, Mme N... a droit:

- à un rappel de salaire au titre de son intéressement pour la période non prescrite d'un montant de 759 228 euros conformément à son tableau récapitulatif susvisé qui n'appelle pas de critiques, outre la somme de 75 922 euros au titre des congés payés afférents, les sommes dues étant liées à son activité et entrant incontestablement dans le calcul de l'assiette des congés payés,

- à une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse qui, sur le fondement de l'article L.1235-3 du code du travail, ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois: au vu de son ancienneté (6 ans et 8 mois), des conditions dans lesquelles est intervenue la rupture des relations contractuelles, du fait qu'elle a retrouvé très vite un autre emploi, cette indemnité sera fixée à 173 590 euros sur la base de son salaire reconstitué après intégration de son intéressement,

- à des dommages et intérêts pour la perte de chance de réaliser des plus-values sur ses parts de carried interest si son contrat de travail n'avait pas été rompu du fait de l'employeur. S'agissant d'une perte de chance, Mme N... ne peut prétendre qu'à l'allocation d'une somme en réparation de son préjudice et non à la totalité des gains potentiels : au vu des circonstances de la cause et des éléments contenus dans l'expertise qu'elle a diligentée, il lui sera alloué une somme de 900 000 euros qui réparera justement son préjudice,

- à une indemnité compensatrice de préavis égale à trois mois de salaire, soit 44 258,30 euros et 4425,83 euros au titre des congés payés afférents,

- à une indemnité conventionnelle de licenciement qui, calculée en fonction de son ancienneté, des dispositions conventionnelles et de son salaire reconstitué, s'élève à 79 504,49 euros.

Les sommes allouées à Mme N... produiront intérêts au taux légal à compter de la réception) par la SAS LBO, de la convocation devant le bureau de conciliation pour les créances de nature salariale et à compter du jour du prononcé du présent jugement pour les créances à caractère indemnitaire,

Les intérêts échus des capitaux produiront eux-mêmes des intérêts au taux légal dès lors qu'il s'agit d'intérêts dus au moins pour une année entière conformément à l'article 1154 du code civil.

Sur les documents de fin de contrat:

Il sera fait droit à la demande en ordonnant à la SAS LBO de remettre à Mme N... un certificat de travail, une attestation Pôle Emploi et un bulletin de salaire rectifiés, conformes aux termes du présent jugement, dans le délai d'un mois suivant sa notification.

(
) Sur les dépens et l'article 700 du code de procédure civile:

La SAS LBO sera condamnée aux dépens en application de l'article 696 du code de procédure civile.

Il serait inéquitable de laisser à la charge de Mme N... la totalité des frais irrépétibles qu'elle a exposés et qui ne sont pas compris dans les dépens. La SAS LBO sera donc condamnée à lui payer la somme de 1 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile. » ;

1°) ALORS QUE la contradiction de motifs équivaut à un défaut de motif ; qu'en jugeant que le document du 22 avril 2008, faisant état d'un nombre de 1,5%, n'avait pas un caractère purement indicatif, et en confirmant les motifs des premiers juges qui avaient retenu un tel taux, pour en déduire que c'est à bon droit que la salariée avait reproché à son employeur, dans son courrier du 08 juillet 2010, de ne pas avoir respecté les termes de son contrat de travail en ce qui concerne notamment le taux appliqué à partir de 2008, tout en estimant y avoir lieu de confirmer un taux de 1%, la cour d'appel qui a statué par des motifs de fait contradictoires sur le taux à retenir au titre des « carried interests », a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

2°) ALORS à supposer que la cour d'appel ait en réalité entendue retenir un taux de 1,5% QUE le juge doit caractériser, avant d'y faire droit, le caractère obligatoire de l'avantage sollicité par le salarié ; qu'en affirmant que le document du 22 avril 2008, annexé au questionnaire relatif au fonds WKVIII et au courrier de la salariée du 26 mai 2009, faisant état d'un taux de 1,5%, n'avait pas un caractère purement indicatif et en retenant, par motifs adoptés, que l'employeur ne pouvait valablement soutenir qu'il ne s'agissait que d'un document de travail, sans faire ressortir en quoi cette note à vocation informative destinée aux investisseurs qui avait été établie plus de 8 mois avant la clôture du fonds, à une date où aucune décision de répartition définitive ne pouvait être prise et qui ne concernait que les fonds « White knight VIII », traduisait un engagement obligatoire opposable à l'employeur pour tous les autres fonds, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction applicable au litige ;

3°) ALORS QUE seul un avantage revêtant les triples conditions de généralité, de fixité et de constance peut constituer un usage ; que pour retenir un pourcentage de 1,5% au titre des « carried interests », la cour d'appel, par motifs éventuellement adoptés, s'est fondée sur l'existence d'un usage ressortant d'une note du 22 avril 2008 destinée aux investisseurs et faisant état d'un tel taux ; qu'en statuant ainsi, sans faire ressortir la généralité, la fixité et la constance de cet avantage éventuel, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction applicable au litige ;

5°) ALORS subsidiairement QUE le défaut de réponse à conclusions équivaut à un défaut de motif ; que dans ses conclusions d'appel (p. 25, §3), oralement reprises (arrêt p. 5, §2), la société LBO France Gestion invitait la cour d'appel à désigner un expert judiciaire sur le fondement des articles 143, 144 et 232 du code de procédure civile, pour procéder aux chiffrages des sommes éventuellement dues à la salariée au titre de la perte de chance de réaliser des plus-values sur les « carried interests » ; qu'en se bornant à retenir une somme de 900 000 euros à ce titre, sans répondre au moyen tendant à la désignation d'un expert pour procéder à un chiffrage fiable, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de

procédure civile.

6°) ALORS subsidiairement QUE le défaut de réponse à conclusions équivaut à un défaut de motif ; que dans ses conclusions d'appel (p. 23 et 24), oralement soutenues (arrêt p. 5, §2), la société LBO France Gestion faisait valoir, preuve à l'appui (cf. production n° 12, 13 et 15), que la perte de chance éventuellement subie par la salariée devait être appréciée en ayant égard aux « carried interests » dont l'intéressée avait bénéficié en rejoignant immédiatement une autre société, la société KKR, aucun cumul de cet avantage ne pouvant être envisagé, l'évaluation de ce préjudice éventuel estimé à un montant deux fois moindre en appel par la salariée, supposant en outre de tenir compte du fait que les primes litigieuses avaient toujours été calculées sur les performances nettes tandis que les calculs effectués par la salariée l'étaient à partir de performances brutes, incluant les frais de gestion ; qu'en se bornant à confirmer la somme de 900 000 euros retenue par les premiers juges, sans répondre aux conclusions de l'employeur afférentes à l'anéantissement du préjudice litigieux et à tout le moins à sa réduction, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR confirmé le jugement en ce qu'il a dit que la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par Mme N... produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, a condamné la société LBO France Gestion à payer à la salariée les sommes de 173 590 euros à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, de 44 258,30 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés et 4 425,83 euros au titre des congés payés afférents, en ce qu'il a ordonné à l'employeur de remettre à la salariée un certificat de travail, une attestation Pôle Emploi et un bulletin de salaire rectifiés, conformes aux termes du présent jugement, dans le délai d'un mois suivant sa notification, en ce qu'il a condamné la société LBO France Gestion à payer à Mme N... la somme 1 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile et a condamné la société LBO France Gestion aux dépens, d'AVOIR condamné la société LBO France Gestion à payer à Mme N... les sommes de 76 379,85 euros au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement, avec intérêt au taux légal à compter du jour où l'employeur a eu connaissance de la demande, d'AVOIR ordonné, dans les limites de l'article L 1235-4 du code du travail, le remboursement par la société LBO France Gestion à l'organisme social concerné des indemnités de chômage payées à la salariée à concurrence de un mois de salaire, d'AVOIR rejeté la demande de l'employeur pour brusque rupture d'AVOIR condamné la société LBO France Gestion aux dépens d'appel, et à payer à Mme N... la somme de 5 000 euros en vertu de l'article 700 du code de procédure civile au titre des frais irrépétibles exposés en cause d'appel ;

AUX MOTIFS QUE « Sur la prise d'acte de rupture et ses conséquences :

Lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifient et si les manquements sont suffisamment graves et empêchent la poursuite du contrat de travail, soit, dans le cas contraire, d'une démission. La rupture du contrat de travail est immédiate et la prise d'acte ne peut être rétractée. L'écrit par lequel le salarié prend acte de la rupture du contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur ne fixe pas les limites du litige. Le juge doit examiner l'ensemble des manquements de l'employeur invoqués devant lui par le salarié, même si celui-ci ne les a pas mentionnés dans sa lettre de rupture.

En l'espèce, la salariée dans son courrier en date du 08.07.2010 reproche à bon droit à son employeur de ne pas avoir respecté les termes de son contrat de travail en ce qui concerne le calcul de ses primes, le taux appliqué à partir de 2008 et le versement de primes, ce qui a été démontré. Cette faute à elle seule est de nature à justifier la prise d'acte de rupture du contrat de travail, l'employeur par son silence ayant opposé un refus explicite aux réclamations réitérées de la salariée même si par ailleurs certaines des sommes dues avaient été versées.

En revanche si la salariée relève à juste titre que son contrat de travail faisait d'elle dans l'entreprise l'interlocutrice unique des investisseurs institutionnels dans le cadre des levées de fonds sur les véhicules d'investissement, puisqu'elle était mentionnée au titre de ses missions : « toutes relations avec les investisseurs actuels et futurs », néanmoins il n'est pas démontré que C. D..., qui l'a remplacée, ait été recrutée avant la date de la rupture et serait venue ainsi la concurrencer au sein de la SAS LBO France Gestion.

En conséquence la prise d'acte est justifiée par certains des faits et griefs mentionnés dans la lettre de rupture émanant de la salariée qui constituent des manquements de la part de l'employeur suffisamment graves pour empêcher la poursuite du contrat et caractériser une rupture imputable à l'employeur, il y a lieu de constater la rupture des relations contractuelles aux torts de celui-ci.

Compte tenu des circonstances de la rupture, du montant de la rémunération versée, de l'âge de U... N..., de son ancienneté dans l'entreprise, de sa capacité à retrouver un emploi eu égard à sa formation et à son expérience professionnelle, et des conséquences du licenciement à son égard, tels qu'ils résultent des pièces communiquées et des explications fournies à la cour, la SAS LBO France Gestion sera condamnée à verser au salarié à titre de dommages intérêts la somme de 173 590 € outre les indemnités de rupture ainsi qu'il est précisé au dispositif et en tenant compte d'une ancienneté réelle de 6,6 années ; le jugement rendu sera confirmé.

Lorsque le licenciement illégitime est indemnisé en application des articles L1235-2/3/11 du code du travail, la juridiction ordonne d'office, même en l'absence de Pôle emploi à l'audience et sur le fondement des dispositions de l'article L 1235-5, le remboursement par l'employeur, de tout ou partie des indemnités de chômage payées au salarié par les organismes concernés, du jour du licenciement au jour d u jugement, dans la limite de six mois ; en l'espèce au vu des circonstances de la cause il convient de condamner l'employeur à rembourser les indemnités à concurrence d'un mois.

(
) Il serait inéquitable que U... N... supporte l'intégralité des frais non compris dans les dépens tandis que la SAS LBO France Gestion qui succombe doit en être déboutée. » ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE « Sur la rupture du contrat de travail :

Lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison des faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets, soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission.

Les faits invoqués par le salarié doivent être établis et constituer des manquements suffisamment graves pour caractériser une rupture imputable à l'employeur, étant relevé que le juge n'est pas lié par les termes de la lettre de rupture et qu'il doit prendre en compte la totalité des reproches formulés par le salarié.

Mme N... articule trois griefs à l'encontre de la SAS LBO, à savoir le non-respect de ses obligations contractuelles en matière d'intéressement, le non-paiement des carried interest au taux convenu et sur tous les fonds et la modification de son périmètre de responsabilité.

Le contrat de travail dispose, dans son article 4, qu'en rémunération de ses fonctions, Mme N... percevra une rémunération sur une base annuelle de 130 000 euros pour les 6 premiers mois de son contrat, et après 6 mois, une rémunération de 100 000 euros par an, avec intéressement sur levées de fonds à hauteur de 100 000 euros par centaine de millions d'euros levée. Il précise par ailleurs que toutes primes, dont la prime évoquée ci-dessus, versées par LBO France Gestion en complément du salaire ne pourront être considérées comme un usage ou une rémunération contractuelle, LBO France Gestion se réservant le droit de supprimer ou réviser à tout moment, de manière discrétionnaire, de telles primes accordées à titre de libéralité. Il prévoit enfin que Mme N... aura la possibilité d'investir dans les fonds.

Il est de jurisprudence constante que la rémunération contractuelle d'un salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans son accord et que le défaut de paiement, le retard dans le paiement ou le paiement incomplet de la rémunération caractérisent une inexécution contractuelle de la part de l'employeur justifiant que le salarié prenne acte de la rupture du contrat à ses torts.

S'agissant de l'intéressement, il revêt à l'évidence un caractère contractuel dès lors que, comme en l'espèce, il est expressément prévu au contrat et que son assiette est clairement définie, et ce, malgré le caractère contradictoire des dispositions finales de l'article 4 qui prévoient qu'il ne peut être considéré comme un usage ou une rémunération

contractuelle et que l'employeur pourra le supprimer ou le réviser à tout moment et de manière discrétionnaire, en le qualifiant, à tort, de libéralité. La rédaction de l'article 4 exclut en effet qu'il puisse s'agir d'une prime ou d'un bonus discrétionnaire dans la mesure où son assiette est déterminée par le contrat et où il est accordé à la salariée en rémunération de ses fonctions, de sorte qu'il constitue un élément de son salaire que l'employeur ne peut modifier sans son accord. Par ailleurs, son assiette (intéressement sur levées de fonds à hauteur de 100000 euros par centaine de millions d'euros levée) ne contient aucune restriction de nature à justifier les exclusions invoquées par l'employeur (montants levés ne rapportant pas de chiffres d'affaires, montants levés faisant l'objet de rétrocessions de chiffres d'affaires à des intermédiaires) qui se réfère à la notion de montant net des levées de fonds qui n'est pas contractuelle, étant ajouté que cet intéressement est sans rapport avec le fait que la salariée ait souscrit des parts dans la société. Enfin, Mme N... verse aux débats des courriels et des lettres qui démentent formellement les allégations de la SAS LBO sur le caractère limité de sa contribution dans les fonds levés et la présentation de nouveaux investisseurs (mails de félicitations) et sur la tardiveté de sa demande (mails et courriers de relances faisant état de son désaccord sur le montant de son intéressement depuis 2005 et réclamant, en vain, le paiement de son dû).

Et dans la mesure où Madame N... démontre, par le tableau précis et détaillé qu'elle fournit, que la SAS LBO lui est redevable à ce titre d'une somme très importante pour la période non-prescrite de 2005 à 2010, le grief est établi.

En ce qui concerne les carried interest, l'analyse des pièces du dossier confirme les dires de Mme N...: en effet, elle a perçu régulièrement de 2005 à 2008, et pour l'ensemble des fonds, des carried interest sur la base d'un pourcentage sur les fonds levés qui est passé de 0,60 % à 1 %, tel était le cas également des autres salariés et dans une note officielle du 22 avril 2008 destinée aux investisseurs, l'employeur a fixé le montant des allocations de carried sur le fonds White Knight 8 pour tous les salariés, celui de Mme N... étant de 1,5 %. Ces éléments caractérisent à l'évidence l'existence d'un usage en ce qu'il répond aux critères de constance, de généralité et de fixité requis et, par voie de conséquence, cet usage revêt un caractère contraignant pour la SAS LBO qui ne peut valablement soutenir que sa note précitée n'était qu'un document de travail. Or, Madame N... rapporte la preuve qu'en 2008, son allocation de carried interest n'a pas été calculée en fonction du pourcentage convenu de 1,5 % sur le fonds White Knight 8 et les fonds associés, qu'elle n'a perçu aucun carried interest en 2009 et 2010 sur certains fonds déterminés et qu'elle n'a jamais reçu de réponse à ses réclamations.

Dans ces conditions, ce grief est lui aussi établi.

(
)

Il découle de l'ensemble de ces éléments que la SAS LBO a failli à ses obligations essentielles de payer l'intégralité de la rémunération convenue à la salariée et que ses manquements sont à eux seuls d'une gravité telle qu'ils justifient la prise d'acte, par Mme N..., de la rupture du contrat de travail à ses torts exclusifs.

Cette prise d'acte produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse avec les conséquences de droit

(
) Sur les demandes de Mme N... :

La prise d'acte produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, Mme N... a droit:

- à un rappel de salaire au titre de son intéressement pour la période non prescrite d'un montant de 759 228 euros conformément à son tableau récapitulatif susvisé qui n'appelle pas de critiques, outre la somme de 75 922 euros au titre des congés payés afférents, les sommes dues étant liées à son activité et entrant incontestablement dans le calcul de l'assiette des congés payés,

- à une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse qui, sur le fondement de l'article L.1235-3 du code du travail, ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois: au vu de son ancienneté (6 ans et 8 mois), des conditions dans lesquelles est intervenue la rupture des relations contractuelles, du fait qu'elle a retrouvé très vite un

- autre emploi, cette indemnité sera fixée à 173 590 euros sur la base de son salaire reconstitué après intégration de son intéressement,
- à des dommages et intérêts pour la perte de chance de réaliser des plus-values sur ses parts de carried interest si son contrat de travail n'avait pas été rompu du fait de l'employeur. S'agissant d'une perte de chance, Mme N... ne peut prétendre qu'à l'allocation d'une somme en réparation de son préjudice et non à la totalité des gains potentiels : au vu des circonstances de la cause et des éléments contenus dans l'expertise qu'elle a diligentée, il lui sera alloué une somme de 900 000 euros qui réparera justement son préjudice,
 - à une indemnité compensatrice de préavis égale à trois mois de salaire, soit 44 258,30 euros et 4425,83 euros au titre des congés payés afférents,
 - à une indemnité conventionnelle de licenciement qui, calculée en fonction de son ancienneté, des dispositions conventionnelles et de son salaire reconstitué, s'élève à 79 504,49 euros.

Les sommes allouées à Mme N... produiront intérêts au taux légal à compter de la réception) par la SAS LBO, de la convocation devant le bureau de conciliation pour les créances de nature salariale et à compter du jour du prononcé du présent jugement pour les créances à caractère indemnitaire, Les intérêts échus des capitaux produiront eux-mêmes des intérêts au taux légal dès lors qu'il s'agit d'intérêts dus au moins pour une année entière conformément à l'article 1154 du code civil.

Sur les documents de fin de contrat:

Il sera fait droit à la demande en ordonnant à la SAS LBO de remettre à Mme N... un certificat de travail, une attestation Pôle Emploi et un bulletin de salaire rectifiés, conformes aux termes du présent jugement, dans le délai d'un mois suivant sa notification.

(
)

Sur les dépens et l'article 700 du code de procédure civile:

La SAS LBO sera condamnée aux dépens en application de l'article 696 du code de procédure civile.

Il serait inéquitable de laisser à la charge de Mme N... la totalité des frais irrépétibles qu'elle a exposés et qui ne sont pas compris dans les dépens. La SAS LBO sera donc condamnée à lui payer la somme de 1 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile. » ;

1°) ALORS QUE la cassation à intervenir de l'arrêt en ce qu'il a condamné la société LBO France gestion à payer à la salariée des sommes au titre de l'intéressement et pour perte de chance de réaliser des plus-values sur les « carried interests » entrainera la censure des chefs de cette décision ayant déduit de ces éventuels manquements de l'employeur le bien-fondé de la prise d'acte de l'intéressée, en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

2°) ALORS QUE seuls des manquements rendant impossible la poursuite du contrat de travail peuvent justifier la prise d'acte de la rupture ; qu'en jugeant que la prise d'acte du contrat de travail de la salariée était justifiée en se fondant sur les manquements relatifs à des primes qui duraient depuis plusieurs années et que la salariée s'était abstenue de contester pendant une longue période, la cour d'appel a violé l'article L. 1221-1 du code du travail, ensemble l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction applicable du litige.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté la demande de la société LBO France Gestion en indemnisation du préjudice lié au refus de la salariée de souscrire des accords de « vesting » lors de sa souscription aux parts de « carried-interests » des fonds WKVIII et Convertteam Invest/ convertinvest ;

AUX MOTIFS QUE « Sur le demande reconventionnelle :

La SAS LBO France Gestion forme une demande pour brusque rupture qui sera rejetée, l'employeur ayant été déclaré responsable du départ de sa salariée qui ne peut être considéré comme une démission.

Sur le refus opposé par U... N... de conclure des accords de « vesting », la SAS LBO France Gestion oppose l'usage selon lequel, lors de la souscription de parts de carried interest, un accord de vesting est signé prévoyant que le porteur de parts de carried qui quitte la société de gestion ne peut en conserver qu'une partie déterminée par une formule de calcul tout en précisant que la souscription à des parts de carried interest s'accompagne toujours de la signature d'une promesse unilatérale de cession dans laquelle le salarié s'engage à revendre une partie de ses parts de carried interest s'il quitte la société, ce qui représente l'accord de vesting. L'employeur relève que cette procédure avait été suivie par U... N... jusqu'en 2010 avec constance et exécutée ce qui est démontré. La SAS LBO France Gestion constate cependant que la salariée a refusé de procéder de même lors de sa souscription aux parts de carried des fonds WKVIII et Convertteam Invest/ convertinvest, et l'entreprise réclame des dommages intérêts à hauteur de 936 100 € à ce titre.

U... N... conteste cet usage et déclare que la pratique habituelle entre les parties de lier la souscription de parts de carried interest à l'engagement de vesting n'a pas été suivie, ce qui ressort des actes de cession produits ; il ne lui a pas été demandé d'engagement de vesting à son départ de l'entreprise jusqu'au 15.09.2010, date à laquelle elle n'était plus salariée de la SAS LBO France Gestion ; l'attribution des parts de carried interest n'était pas subordonnée à la conclusion d'un accord de vesting.

En effet, s'il est justifié de ce que la pratique habituelle de la société était de faire souscrire aux bénéficiaires les parts de carried interest et par ailleurs un engagement de vesting, sous forme de promesses de cession unilatérales en faveur de l'employeur, ce dernier n'a pas jugé nécessaire d'en soumettre à la signature de U... N... au moment de la rupture et ne pouvait le lui demander alors qu'elle n'était plus salariée ; l'usage concerne un engagement unilatéral informel de l'employeur vis à vis du salarié et non l'inverse ; la décision rendue en référé le 21.05.2012 concernait l'application d'engagements déjà pris, ce qui n'était pas le cas dans la présente espèce.

Cette demande sera rejetée.

Il serait inéquitable que U... N... supporte l'intégralité des frais non compris dans les dépens tandis que la SAS LBO France Gestion qui succombe doit en être déboutée » ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE « Sur les demandes reconventionnelles :

Compte tenu du sens de la présente décision, la SAS LBO sera déboutée de ses demandes reconventionnelles.

Sur les dépens et l'article 700 du code de procédure civile:

La SAS LBO sera condamnée aux dépens en application de l'article 696 du code de procédure civile.

Il serait inéquitable de laisser à la charge de Mme N... la totalité des frais irrépétibles qu'elle a exposés et qui ne sont pas compris dans les dépens. La SAS LBO sera donc condamnée à lui payer la somme de 1 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile. » ;

1°) ALORS QUE un usage peut être opposé à l'employeur comme au salarié ; qu'en jugeant qu'il existait une pratique habituelle dans l'entreprise consistant à faire souscrire aux bénéficiaires les parts de « carried interests » et par ailleurs un engagement de « vesting », sous forme de promesses de cession unilatérales en faveur de l'employeur, mais qu'un usage ne pouvait concerner qu'un engagement unilatéral de l'employeur vis-à-vis du salarié et non l'inverse, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction applicable au litige ;

2°) ALORS QUE le juge doit respecter les conditions de l'usage dont il reconnaît l'existence ; qu'en l'espèce, la société LBO France Gestion faisait valoir que si la salariée pouvait se prévaloir d'un usage en matière de « carried interests » celui-ci

consistait nécessairement en l'attribution de parts de « carried interests » aux salariés en contrepartie de la signature par ceux-ci de promesses unilatérales de cession desdites parts, ces deux engagements réciproques formant un tout indivisible ; qu'en affirmant que l'attribution des parts de « carried interests » n'était pas subordonnée à la conclusion d'un accord de « vesting » au prétexte qu'un usage ne pouvait concerner qu'un engagement unilatéral de l'employeur vis-à-vis du salarié et non l'inverse, sans rechercher si ces engagements réciproques des parties ne formaient pas un tout indivisible, la cour d'appel a privé sa décision au regard de l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction applicable au litige ;

3°) ALORS QUE la renonciation à un droit ne se présume pas et ne peut résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer ; qu'en se bornant à retenir que l'employeur n'avait pas jugé nécessaire de faire souscrire à la salariée qui bénéficiait de parts de « carried interests » une promesse de cession unilatérale en faveur de l'employeur au moment de la rupture, et ne pouvait le lui demander alors qu'elle n'était plus salariée, sans caractériser que cette omission révélait la volonté claire et non équivoque de l'employeur de renoncer à bénéficier de la promesse de cession des parts de « carried interests » dans les fonds « White knight VIII », « MF Private Equity IV » et « convertteam Invest/Convertinvest » détenue par la salariée au moment de sa prise d'acte, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction applicable au litige.