



Monsieur T _____
Dom.élu : Me Guy REBER
Quai Gustave-Ador 18
Case postale 6359
1211 Genève 6

E _____ SA
Dom. élu : Me David BITTON
Avenue Léon-Gaud 5
1206 Genève

Partie appelante

Partie intimée

Caisse de chômage A _____
Agence de _____
Chemin de _____
1 _____

Partie intervenante

D'une part

D'autre part

ARRET

du mercredi 19 janvier 2005

M. Louis PEILA, président

MM. Daniel FORT et Jean-Marc HILDBRAND, juges employeurs

Mmes Marie-Thérèse LAMAGAT et Josiane POITRY-PINOL, juges salariés

M. Olivier SIGG, greffier d'audience

EN FAIT

- A. Par demande déposée au greffe de la juridiction des prud'hommes le 20 août 2002, T_____ a assigné E_____ SA en paiement de 291'500.-- fr. plus intérêts à 5% dès le 29 juillet 2002, à titre de salaire durant le délai légal de résiliation (19'500.--), d'indemnité pour résiliation injustifiée (39'000.--), de rachat des options selon règlement interne (33'000.--) et de tort moral (200'000.--), ainsi qu'en délivrance d'un certificat de travail.

Dans ses écritures responsives, E_____ SA a conclu au déboutement intégral de T_____ et, reconventionnellement, à sa condamnation au paiement de 100'000.-- fr. à titre de peine conventionnelle résultant de la violation d'une clause d'interdiction de concurrence et, solidairement avec B_____, C_____, D_____ et F_____, au paiement de 48'659 fr. 10 pour des frais de remplacement de personnel, ainsi qu'à la restitution du matériel informatique qu'il aurait conservé par dévers lui.

Par « notice explicative » et réponse sur demande reconventionnelle du 22 novembre 2002, T_____ a modifié ses conclusions initiales, sollicitant dorénavant le paiement de 19'500.-- fr. plus intérêts à 5% dès le 29 juillet 2002 à titre de salaire pour les mois d'août à octobre 2002, 39'000.-- fr. plus intérêts à 5% dès le 29 juillet 2002 à titre d'indemnité pour congé abusif et 27'000.-- fr. plus intérêts à 5% dès le 29 juillet 2002 pour le rachat des stock options, ainsi qu'à la délivrance d'un certificat de travail. Lors de l'audience du 10 décembre 2002, il a amplifié sa demande de 6'500.-- fr. en raison de la date de réception de la lettre de congé.

T_____ a par ailleurs conclu au rejet de la demande reconventionnelle.

La Caisse de chômage A_____ est intervenue à la procédure en qualité de créancière subrogée pour un total net de 10'259 fr. 10 correspondant à des indemnités de chômage versées pour la période du 1^{er} août au 31 octobre 2002.

- B. Par jugement rendu suite à la délibération du 30 octobre 2003, notifié par plis recommandés du 13 janvier 2004, le Tribunal des prud'hommes a condamné E_____ SA à verser à la Caisse de chômage A_____ 10'259 fr. 10 nets et à T_____ les sommes de 16'350.-- fr. brut, plus intérêts à 5% dès le 29 juillet 2002, sous déduction de 10'259. fr. 10 net, et de 10'900.-- fr. net, plus intérêts à 5% dès le 29 juillet 2002, ainsi qu'à la délivrance d'un certificat de travail.

Le Tribunal, après avoir admis sa compétence, a considéré que le licenciement immédiat du demandeur était injustifié, de même que celui de trois autres employés, lesquels se trouvaient dans une situation différente de F_____, cadre de E_____ SA, dont le licenciement immédiat a été admis par un autre groupe de la juridiction des Prud'hommes, mais dont la situation ne pouvait être

comparée. T_____ avait droit en conséquence à trois mois de salaire, soit d'août à octobre 2002, le salaire à prendre en considération s'élevant à 5'450.-- fr. L'indemnité pour licenciement abusif était pour le surplus arrêtée à deux mois, compte tenu notamment de la durée de l'engagement de T_____ au service de E_____ SA. S'agissant du paiement des Stock options, le Tribunal a considéré que les parties n'avaient pas collaboré à l'établissement de leur valeur et que l'échec de cette démonstration emportait le rejet des conclusions de T_____, qui supportait le fardeau de la preuve. A ce sujet, il n'y avait pas lieu de nommer un expert pour fixer la valeur des options car cette tâche incom-
bait aux parties, qui avaient donc échoué.

Sur demande reconventionnelle, le Tribunal a considéré que E_____ SA ne pouvait demander réparation de son dommage subi du fait de l'engagement de nouveaux collaborateurs, puisque le licenciement des précédents était injustifié. Par ailleurs, les entretiens destinés à la création d'une société réunissant plusieurs des employés de E_____ SA ne constituaient qu'un projet qui n'est pas venu à terme et il n'y a pas eu de manœuvre de débauchage; en conséquence, T_____ n'avait pas violé la clause de non concurrence résultant de son contrat et il ne devait aucune pénalité à son ancien employeur. Enfin, la preuve de la conservation d'objets n'ayant pas été rapportée par E_____ SA, les conclusions correspondantes étaient écartées.

Finalement, E_____ SA devait délivrer à T_____ un certificat de travail conforme à l'art. 330a CO.

- C. Par acte adressé au greffe de la juridiction des prud'hommes le 13 février 2004, E_____ SA appelle de cette décision et conclut au déboutement de T_____ de toutes ses conclusions et à sa condamnation au paiement de 44'834 fr. 80, solidairement avec B_____, D_____ et C_____.

Elle renonce à sa prétention fondée sur la peine conventionnelle et considère que les premiers juges ont apprécié arbitrairement les preuves eu égard à la notion du devoir de fidélité, de même qu'en rejetant la demande reconventionnelle en remboursement des frais nécessaires au remplacement des employés justement licenciés.

T_____ appelle également de cette décision par acte reçu le 16 février 2004, mais uniquement en tant qu'il a été débouté de sa prétention reposant sur le rachat des stocks options; il demande à ce titre le versement de 27'000.-- fr. avec intérêts à 5% dès le 29 juillet 2002 et propose subsidiairement la mise sur pied d'une expertise ou le retour du dossier en première instance.

Chaque partie a par ailleurs conclu au déboutement de l'autre.

D. Il ressort de la procédure les éléments pertinents suivants :

- a. E_____ SA, dont le siège est à Z_____ (GE), a pour but la fourniture de services et de biens dans le domaine de l'information technologique, du software et du hardware, ainsi que les services de conseil s'y rapportant. Elle a pour administrateurs G_____, président et directeur général, H_____ et I_____, avocat à Lausanne. Le 6 décembre 2001, son capital social entièrement libéré a été porté de 5'000'000.-- fr. à 30'000'000.-- fr.

E_____ SA a reçu de tiers, à titre de financement ou de prêts, 12'224'979 fr. 15 entre le 26 novembre 2001 et le 10 juillet 2002.

L'activité actuelle de la société porte sur l'exploitation d'un centre dans un immeuble d'environ 10'000 m² récemment construit au chemin du _____ à Z_____, destiné à accueillir du matériel informatique d'entreprises importantes afin d'assurer leur protection contre les atteintes physiques, en offrant aussi à ceux qui le souhaitent un service permanent d'assistance.

Il n'est pas contesté qu'au printemps 2002, elle n'avait encore aucun client.

- b. E_____ SA a engagé F_____ dès le 1^{er} janvier 2001 en qualité de directeur financier, avec un salaire annuel brut de 156'000.-- fr. plus 24'000.-- fr. de frais de représentation, équivalant à un total mensuel de 15'000.-- fr. Sa rémunération annuelle a été portée à 240'000.-- fr. dès octobre 2001.

Selon l'art. 15 du contrat de travail, l'employé s'obligeait à garder strictement confidentielles les informations dont il avait connaissance dans le cadre de ses fonctions. Cette disposition réservait à l'employeur la propriété exclusive de tous les droits immatériels sur les découvertes du collaborateur. L'art. 17 interdisait enfin à ce dernier, durant une période de six mois à compter de la fin des rapports de travail, d'avoir le moindre contact avec les clients qu'il avait approchés durant la dernière année de son activité professionnelle pour le compte de la société, sous peine de devoir s'acquitter d'une peine conventionnelle de 100'000.-- fr.

F_____ était décrit comme le bras droit du directeur général. A la même époque, E_____ SA disposait des services d'un second directeur, J_____.

- c. En 2002, indépendamment des administrateurs et directeurs en fonction, le personnel de la société se composait de onze collaborateurs, soit sept informaticiens, un électricien, deux vendeurs chargés de la promotion commerciale, un comptable et une réceptionniste.

Parmi ces employés se trouvaient T_____, B_____, D_____, C_____ et K_____.

- d.a. T_____ est entré au service de E_____ SA en qualité de technicien

réseau dès le 1^{er} septembre 2001. Son dernier salaire mensuel brut, sans les frais de repas ou astreintes, s'est inscrit à 5'450.-- fr. Sa lettre d'engagement ne contenait aucune référence aux options.

- d.b. B_____ est entré au service de E_____ SA, en qualité de membre de l'équipe spécialiste réseaux dès le 1^{er} mars 2001. Son dernier salaire mensuel brut, sans les frais de repas ou astreintes, s'est inscrit à 7'700.-- fr. Dans sa lettre d'engagement du 22 décembre 2000, E_____ SA précisait ceci : « *Nous envisageons de vous offrir un nombre d'options d'une valeur de USD 15'000.-.* »
- d.c. D_____ est entré au service de E_____ SA en qualité de membre de l'équipe spécialistes réseaux dès le 1^{er} décembre 2000. Son dernier salaire mensuel brut, sans les frais de repas ou astreintes, s'est inscrit à 6'650.-- fr. Sa lettre d'engagement ne contenait aucune référence aux options.
- d.d. C_____ a été engagé par E_____ SA en qualité d'ingénieur réseau senior dès le 1^{er} janvier 2002. Son dernier salaire mensuel brut, sans les frais de repas ou astreintes, s'est inscrit à 10'500.-- fr. Sa lettre d'engagement ne contenait aucune référence aux options.
- d.e. K_____ est entré au service de E_____ SA en qualité de membre de l'équipe spécialistes réseaux dès le 1^{er} mars 2001. Son dernier salaire mensuel brut, sans les frais de repas ou astreintes, s'est inscrit à 7'700.-- fr. Sa lettre d'engagement ne contenait aucune référence aux options.
- e. En sus de la rémunération convenue, F_____, T_____, B_____, D_____, C_____ et K_____ ont été mis au bénéfice du "stock option plan" leur donnant le droit d'acquérir des actions de E_____ SA à un tarif préférentiel.

A teneur du règlement édicté, le collaborateur perdait tous les avantages en dérivant, pour des options qu'il n'avait pas encore exercées, en cas de licenciement pour de justes motifs.

- f. En date du 18 janvier 2002, E_____ SA a tenu une assemblée générale extraordinaire portant sur l'augmentation conditionnelle du capital-actions.

Le point 3 de cette assemblée concernait le plan d'options en faveur de certains employés de l'entreprise et destiné à leur procurer un supplément de rémunération. A cette occasion, le « Stock options plan » présenté par la direction a été accepté à l'unanimité. Le règlement en question stipulait notamment que la date d'octroi désignait celle à laquelle l'employé bénéficiaire recevait en pleine propriété une ou plusieurs actions (art. 1.1. let. g), que le conseil d'administration déterminait seul, pour chaque date d'octroi, le nombre d'options revenant à chaque bénéficiaire (art. 2.2.), et que l'avis d'octroi était une communication écrite de la société, contresignée par l'employé, qui décrivait les droits qui lui étaient octroyés

(art. 1.1. let. H).

La valeur des actions était ainsi définie, à l'art. 1.2. :

d) « Valeur de Marché Estimée des Actions » désigne la valeur intrinsèque de l'actif net de la Société, divisé par le nombre d'actions émises. Aux fins d'appliquer le présent règlement, la valeur intrinsèque à une date donnée (ci-après « la date d'évaluation ») est égale au solde des fonds propres nets ressortant des derniers comptes statutaires audités disponibles et préparés conformément au principe de continuité de l'exploitation, ajusté pour tenir compte :

1) des réserves latentes au sens de l'art. 669 CO

2) des montants dus aux employés figurant au bilan audité

3) de la plus-value correspondant à la différence entre le montant net comptable des actifs immobiliers et leur valeur de rendement théorique à la date d'évaluation

4) du profit ou de la perte d'exploitation subséquents jusqu'à la date d'évaluation (...).

L'art. 2 de ce règlement, traitant de l'octroi et de l'exercice des options, stipulait encore ceci :

2.4. Prix des options et prix d'exercice. *L'employé bénéficiaire reçoit les options octroyées gratuitement et inconditionnellement.*

Le prix des actions remises par la société à l'employé bénéficiaire en contrepartie de l'exercice de ses options d'achats est de 10% de la valeur nominale des actions (i.e. CHF 1 pour chaque action d'un nominal de CHF 10). Ce prix d'exercice demeure en vigueur jusqu'à sa modification par une assemblée générale subséquente de la société. Ce ratio de 10% s'impose au Conseil d'Administration et aux employés bénéficiaires et s'applique à toutes les options dont la date d'octroi est antérieure à la tenue de l'assemblée générale décidant de la modification du prix d'exercice.

(...)

2.6. Droit d'exercice des options : *chaque option octroyée à un employé bénéficiaire pourra être exercée comme suit :*

2.6.1 Acquisition du droit d'exercice : *un employé bénéficiaire au service de la société ou d'une filiale acquiert son droit d'exercer les options octroyées en vertu de l'art. 2.2. ci-dessus selon l'échéancier et les proportions suivantes :*

A la date d'octroi 0%

12 mois après la date d'octroi 33.333%

24 mois après la date d'octroi 33.333%

36 mois après la date d'octroi 33.333%

(...)

« 1^{ère} date d'exercice »

« 2^{ème} date d'exercice »

« 3^{ème} date d'exercice »

2.6.2 Cessation des rapports de travail après l'acquisition de droits d'exercice (en général) : Si, après la 1^{ère} date d'exercice prévue à l'art. 2.6.1., l'employé bénéficiaire donne ou reçoit son congé, la société a l'obligation de racheter la partie des options pouvant être exercées à la date du dernier jour d'emploi conformément à l'art. 2.6.1 ci-dessus. Le prix de rachat correspond à la valeur de marché estimée des actions au jour de cessation des rapports de travail moins le prix d'exercice.

2.6.3 Cessation des rapports de travail avant l'acquisition de droits d'exercice (en général) : Si, avant la 1^{ère} date d'exercice prévue à l'art. 2.6.1., l'employé bénéficiaire donne ou reçoit son congé pour une raison autre que celles prévues à l'article 1.2. alinéas (n) et (o), l'employé bénéficiaire devra renoncer aux options dont le droit d'exercice, en vertu de l'art. 2.6.1., ne lui sont pas acquis au jour de cessation des rapports de travail, de telles options étant par conséquence annulées.

2.6.4. Cessation des rapports de travail pour raisons qualifiées avant l'acquisition de droits d'exercice : Si le congé est donné par la société ou une filiale pour des raisons qualifiées au sens de l'art. 1.2 alinéa (n) avant que toutes les options octroyées ne deviennent exerçables et que la cessation des rapports de travail intervient au moins 12 mois après la date d'octroi, l'employé bénéficiaire recevra en numéraire la différence entre le prix d'exercice des options octroyées non exerçables et la valeur de marché estimée des actions leur correspondant au jour de la cessation des rapports de travail.

Toutefois, l'employé bénéficiaire, qui donne ou reçoit son congé pour raisons qualifiées au sens de l'art. 1.2 alinéa (n) et dont le dernier jour de travail se situe moins de 12 mois après la date d'octroi, doit renoncer aux options dont le droit d'exercice ne lui est pas acquis en vertu de l'art. 2.6.1 à la date de cessation des rapports de travail. De telles options seront par conséquence annulées.

Il était encore précisé que les bénéficiaires étaient seuls responsables de la conformité de leur situation avec les autorités fiscales et que le conseil d'administration pouvait décider seul de tout avenant, « sous réserve que de telles actions ne portent pas matériellement préjudice aux droits d'Options déjà octroyés aux Employés Bénéficiaires, sauf consentement expresse de ces derniers » (art. 9).

- g. Un nouveau règlement de stock options, modifié au 6 mai 2002, a été présenté par E_____ SA à ses employés, qui l'ont refusé.
- h. G_____ a écrit le 28 janvier 2002 à T_____ pour lui notifier l'octroi de l'option d'acheter 3'000 actions de E_____ SA en application des dispositions et conditions du règlement d'options tel qu'adopté lors de l'assemblée générale du 18 janvier 2002.

Il a adressé à la même date une lettre identique à B_____, D_____, C_____ et F_____ leur proposant d'acheter respectivement deux fois 5'000, 7'000 et 90'000 options.

- i. Le 5 juin 2002, en dehors des heures ouvrables, B_____ a reçu chez lui F_____, D_____, T_____ et C_____, tous membres de l'équipe informatique de E_____ SA. A partir d'une idée présentée par B_____ et D_____, lequel avait réservé en novembre 2000 la dénomination L_____ (recte : www.L_____.org) sur le réseau Internet, les protagonistes se sont intéressés à la conception d'un support de stockage intitulé "FileBOX", que devait desservir un logiciel spécifique, destiné à sauvegarder quotidiennement les données d'une entreprise exploitant de manière indépendante un système informatique.

Cette réunion avait un caractère purement exploratoire, s'agissant d'envisager une porte de sortie si E_____ SA devait cesser ses activités, ce que craignaient les employés en constatant que, deux ans après sa constitution, leur employeur n'avait toujours aucun client. Cette crainte était par ailleurs alimentée par les révélations que F_____ leur avait faites au sujet du manque de liquidités de E_____ SA. Au cours de cette réunion, les participants ont manifesté un certain intérêt pour ce projet et ont envisagé de constituer L_____ SA, au capital de 100'000.-- fr. qui devait être réparti entre eux et un cinquième membre de l'équipe informatique, K_____, alors en voyage de nocés.

Après cette réunion, dont rien ne permet de dire qu'elle ne fut pas la seule, B_____ en a dressé un procès-verbal et D_____ un budget. Celui-là fait état d'une participation au capital-actions de départ devant être libéré à concurrence de 50'000.-- fr. à raison de 9'750 pour D_____, 6'675 pour B_____, T_____ et K_____ et de 10'125 pour C_____ et F_____. Dans ce procès-verbal, sous la rubrique "Actions immédiates", ont été en particulier mentionnés l'élaboration d'un budget, la réalisation de "fiches produit", un sondage du marché auprès de connaissances, une étude de faisabilité portant sur la réalisation d'un prototype, enfin la réalisation des bases d'un site Web. La procédure ne démontre pas que cette volonté d'agir aurait trouvé une quelconque concrétisation.

K_____, entendu à titre de témoin, a affirmé n'avoir eu connaissance du projet L_____ qu'à son retour de voyage de nocés durant la seconde quinzaine de juin 2002. Selon lui, ce projet n'était pas concurrentiel avec les activités de E_____ SA, en raison de la différence de budgets en cause et d'objectifs techniques, E_____ SA hébergeant des machines et L_____ se proposant de mettre une machine chez les clients. A l'occasion de son audition le 10 décembre 2002, K_____ a précisé L_____ n'avait pas vu le jour. Il a enfin confirmé que E_____ SA n'avait aucun client et qu'elle connaissait des problèmes de trésorerie en avril 2002.

- j. Les quelques pièces se rapportant à l'activité envisagée démontrent que les protagonistes L_____ avaient pour idée le développement de machines à déposer chez des clients, alors que toute la littérature concernant E_____ SA insiste sur l'aspect de gardiennage de matériel informatique que cette société propose en ses locaux. La clientèle visée par E_____ SA se retrouvait parmi les entreprises importantes, notamment du secteur bancaire, à l'inverse du créneau imaginé par L_____ qui désirait s'intéresser à de moyennes entreprises.
- k. En cherchant des copies de certificats d'actions le vendredi 19 juillet 2002 dans le bureau de F_____, sur indications de ce dernier, G_____ a découvert des documents se rapportant au projet L_____, soit le procès-verbal de la réunion susvisée, une fiche de présentation du produit "FileBOX" et un budget couvrant la période allant du premier trimestre 2003 jusqu'à la fin de 2005. Sur le système informatique de E_____ SA, deux fichiers relatifs à L_____ SA ont également été identifiés.

Le compte rendu de la réunion du 5 juin 2002 tient sur une feuille A4, de même que le budget prévisionnel L_____ SA, très schématique.

- l. G_____, après en avoir référé à I_____ et à « des actionnaires » de la société, entre le mardi 23 et le jeudi 25 juillet 2002, a décidé de licencier avec effet immédiat tous les participants à la réunion du 5 juin.

Le lundi 29 juillet 2002, il leur a annoncé cette décision, en leur reprochant leur projet d'association pour la conception d'un "FileBOX" et la constitution de L_____ SA. Ces résiliations ont été confirmées par courriers remis le jour même ou expédiés le lendemain aux cinq employés. Ces résiliations n'ont été reçues qu'au début août 2002.

- m. Immédiatement après, F_____ a ouvert action devant le Tribunal des prud'hommes, en paiement de son salaire et d'une indemnité pour licenciement abusif; il a par ailleurs sollicité le versement de 830'00.-- fr. à titre de valeur de rachat des options qui lui avaient été allouées. Contestant avoir violé son devoir de fidélité, il a affirmé que E_____ SA s'était trouvée dans une situation financière très délicate durant le premier semestre de 2002 et que G_____ avait eu l'intention de sous-traiter à des tiers la majeure partie des activités de la société, ce qui aurait impliqué plusieurs licenciements. C'était dans ce contexte qu'il avait informé les quatre informaticiens qui avaient avec lui porté leur intérêt sur la conception d'un "FileBOX", en guise d'alternative professionnelle. La discussion s'était toutefois limitée à un simple projet.

F_____ a été débouté de toutes ses conclusions tant par le Tribunal que par la Cour, notamment en raison du fait que, en sa qualité de directeur financier de E_____ SA, il avait transgressé son devoir de fidélité et son obligation de discrétion tels qu'ils résultaient de ses fonctions, et dont l'importance avait été soulignée dans le contrat de travail dans une mesure justifiant le licenciement immédiat

pour justes motifs.

- n. Il ressort encore ceci de la procédure :
- n.a. En avril 2002, des fournisseurs dont les factures n'avaient pas été honorées ont, selon des propos non contestés de F_____, refusé de livrer du matériel commandé par E_____ SA et F_____ a alors révélé aux membres de l'équipe informatique que la société rencontrait des problèmes de trésorerie.
- n.b. Selon l'argumentation développée par F_____ dans la procédure le concernant, ce dernier a prévenu G_____, en janvier 2002, que les besoins de financement à court terme de E_____ SA s'élevaient à un total de 7'500'000.-- fr.
- n.c. Des informations comptables relatives à E_____ SA ont été communiquées à la fiduciaire M_____ en novembre 2002 par les employés licenciés. Celle-ci a estimé que l'état des liquidités de la société ne lui permettait pas de couvrir ses charges courantes d'exploitation à la fin du premier semestre de 2002 et qu'elle avait besoin de recevoir des fonds de ses actionnaires. En rédigeant son avis, le directeur de cette société ne savait pas si E_____ SA payait son loyer, ses salaires et ses charges mais a constaté qu'il fallait capitaliser plusieurs centaines de milliers de francs pour couvrir les pertes d'exploitation (témoin N_____).
- n.d. Il n'est pas contesté que, jusqu'aux licenciements contestés, E_____ SA a régulièrement rémunéré ses employés, certains recevant même des avances sur salaire.
- n.e. Après la découverte des documents se rapportant à L_____ SA, E_____ SA n'a pas résilié le contrat de travail de K_____. C'est ce dernier qui a résilié son contrat de travail en automne 2002; son salaire lui a été versé jusqu'à son départ, antérieur à la date prévue, en raison de perte de motivation.
- n.f. Par contrat signé le 29 août 2002, E_____ SA a engagé dès le 2 septembre suivant O_____ en qualité de « Technical Manager ». E_____ SA a également engagé dès le 4 octobre 2003 P_____ en qualité d'Administrative assistant à 80%, puis Q_____ dès le 1er janvier 2003 en qualité de Pre-Sales and Service Delivery Manager ».
- Pour ces nouveaux contrats, E_____ SA a payé diverses prestations de service à des sociétés de placement de personnel. Elle s'est ainsi acquittée de 9'791 fr. 60 en faveur de R_____ SA pour le placement de P_____, de 14'461 fr. 44 pour S_____ pour celui de Q_____ et de 21'344 fr. 80 pour l'engagement de O_____.
- n.g. Dans sa consultation de novembre 2002, M_____ a également procédé au calcul du prix de rachat réglementaire à la date du 29 juillet 2002 des options octroyées aux employés bénéficiaires par E_____ SA. Sur la base des comptes audités du 30 septembre 2001, M_____ a attesté que le prix qui devait leur être

payé, en application de l'obligation de rachat de l'employeur prévue aux art. 2.6.1 et suivants, était de 9 fr. par option. Elle a précisé que ce prix d'achat réglementaire correspondait à un prix d'achat minimum et que par application de l'art. 1.2 lettre d, chiffre 3 du Règlement, ce montant pourrait être supérieur, en tenant notamment compte de la valeur de rendement des immeubles, ce qui aurait nécessité une expertise immobilière. N_____, expert-comptable administrateur de M_____, a confirmé devant la Cour d'appel ce calcul. Il n'est pas contesté qu'il a eu en mains, pour cette analyse, les derniers comptes audités de E_____ SA.

- n.h. Les employés licenciés ont produit en appel une seconde appréciation de la valeur de rachat des actions, effectuée par une fiduciaire lausannoise, T_____, laquelle parvient aux mêmes conclusions que M_____, soit une valeur de rachat de 9.-- fr. par action en application de l'art. 1.2. let. d chiffre 3 du règlement. Cette fiduciaire, comme la précédente, a retenu sur la base des comptes audités au 30 septembre 2001 que le solde des fonds propres s'élevait à 5'000'000.-- fr. et que la valeur intrinsèque était identique en l'absence de réserves latentes, de montant dus aux employés à la date du bilan et d'absence de profits et pertes au 29 juillet 2001. En conséquence, le nombre d'actions émises et libérées étant de 500'000, la « valeur de marché estimée » (cf. art. 1.2.) s'élevait à 10 fr. et, compte tenu du prix d'exercice de 1.-- fr., la valeur de rachat devait être objectivement arrêtée à 9.-- fr.
- n.i. F_____, parlant en juillet 2002 d'une modification du plan d'options, a proposé l'utilisation de la méthode « Black-Scholes » pour l'évaluation des actions. U_____, fiscaliste, s'est prononcé plus en fonction d'une nouvelle méthode à adopter que de celle qui résultait de l'assemblée générale du 18 janvier 2002, au cours de laquelle le règlement à appliquer avait été adopté et à l'élaboration duquel il n'avait pas participé pleinement. Dans sa consultation du 11 novembre 2002, U_____ ne donne aucune méthode de calcul pour le cas qui occupe la présente espèce.
- n.j. B_____, D_____, K_____, T_____ et V_____ ont fondé W_____ Sàrl, laquelle fut inscrite au Registre du commerce le 21 octobre 2002; elle a pour but l'exploitation d'un bureau de conseils, de développement et de vente de solutions et matériel informatiques et réseaux. On ignore à compter de quelle date cette société s'est trouvée en exercice, si tel était le cas.

EN DROIT

1. L'appel est recevable, ayant été interjeté dans le délai et suivant la forme prévus par la loi (art. 56 al. 1, 59 LJP).

2. La question principale que soulève ce dossier réside dans l'appréciation des motifs de résiliation du contrat de travail. En effet, si les justes motifs allégués par E_____ SA sont réalisés, ses anciens employés n'ont pas droit au salaire, ni à l'indemnité pour licenciement abusif ni au plan de stock option. A l'inverse, si ce licenciement immédiat est injustifié, les montants alloués par les premiers juges seront confirmés, n'étant pas contestés dans leurs montants, et il conviendra de ré-examiner les prétentions découlant du plan susvisé.

2.1. Selon l'art. 337 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat de travail en tout temps pour de justes motifs. Sont notamment considérées comme tels, toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail.

De nature exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. Les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance constituant le fondement des rapports de travail (ATF 124 III 24 cons. 3/c). Seul un manquement particulièrement grave de l'employé justifie son licenciement immédiat; si la faute est moins grave, elle peut seulement entraîner une résiliation immédiate dans l'hypothèse d'une réitération malgré un avertissement (ATF 121 III 467 cons. 4/d et les réf; Staehelin, Commentaire zurichois, n. 9-10, 14 ad art. 337 CO).

Conformément à l'art. 8 CC, la preuve du juste motif incombe à la partie qui dénonce le contrat (Staehelin, op. cit, n. 42).

2.2.1. Selon une jurisprudence constante, la partie qui choisit de résilier ne dispose que d'un bref temps de réflexion pour signifier sa décision. Une trop longue attente donne en effet à penser que la continuation des rapports de travail demeure possible jusqu'à la fin du terme ordinaire de congé (ATF 123 III 86 cons. 2/a; 127 III 310 cons. 4/b). En règle générale, le délai n'est que de deux à trois jours ouvrables; une prolongation de quelques jours peut cependant se justifier à titre exceptionnel, notamment si elle s'impose par des exigences de la vie économique ordinaire, ainsi lorsque la décision de licenciement relève au sein d'une personne morale de la compétence d'un organe constitué par plusieurs personnes (JAR 1997 p. 208 cons. 3/a; ATF P. c/ Z SA du 19.7.2002 no 4C.364/2001 cons. 1.2.2).

2.2.2. Le directeur général de E_____ SA a expliqué avoir pris l'avis d'un autre administrateur exerçant la profession d'avocat, ainsi que des principaux actionnaires de la société, avant de se séparer de son directeur financier et de l'essentiel de l'équipe informatique occupée dans l'entreprise. De telles précautions se révélaient légitimes. Les faits à l'origine du licenciement ont par ailleurs été découverts le vendredi 19 juillet 2002. Il ne saurait être contesté, compte tenu des renseigne-

ments pris et de l'absence pour trois jours de F_____ à cette époque, que les licenciements ont été notifiés en temps utile le lundi 29 juillet 2002.

- 2.3. Les transgressions du devoir de fidélité consacré à l'art 321a CO constituent souvent de justes motifs de congé immédiat, sans ménagement ni avertissement (SCHNEIDER, La résiliation immédiate du contrat de travail, Le droit du travail en pratique Vol. 8 p. 62). Le comportement de cadres doit au demeurant être apprécié avec une rigueur accrue, compte tenu du crédit particulier et des responsabilités que leur confèrent leurs fonctions dans l'entreprise (JAR 2001 p. 177 cons. 2/b).

Ne contrevient en règle générale pas à son devoir de fidélité le travailleur qui, alors qu'il voue tout son temps à l'employeur, fonde sa propre entreprise, dont l'activité analogue à celle qu'il a exercée jusqu'alors ne doit débiter qu'à l'expiration des rapports de travail (ATF 117 II 72 = JdT 1992 I 569). Dans le domaine considéré, une atteinte concrète aux intérêts de l'employeur n'est cependant pas toujours nécessaire. Un employé peut ainsi contrevenir à son obligation de fidélité en tentant de débaucher des collègues pour préparer une activité concurrente (ATF 104 II 28 = JdT 1978 I 514), en s'appropriant des listes d'adresses ou en adoptant d'autres comportements propres à porter préjudice à l'employeur (JAR 1996 p. 111 cons. 7/a).

Il n'est de surcroît pas indispensable que l'activité dans laquelle le travailleur s'apprête à s'engager corresponde exactement à celle de l'employeur; il suffit parfois qu'il se propose d'exercer ses talents dans un domaine proche de celui où s'est spécialisée l'entreprise qui l'emploie (JAR précité cons. 7/b).

- 2.4. La présente cause, attribuée à un autre groupe des Prud'hommes que la cause F_____, ne saurait être comparée à cette dernière, comme le suggère par ses nombreuses citations E_____ SA. En effet, il s'agit ici d'employés alors que F_____ était un haut dirigeant. Les salaires, les responsabilités et les obligations, les devoirs de fidélité et de confidentialité, ne sont par conséquent nullement comparables et le raisonnement des juges du groupe 4 ne saurait limiter en quoi que ce soit la réflexion qui doit amener à la solution du cas d'espèce.

- 2.5. En l'espèce, la preuve du congé pour justes motifs n'a pas été rapportée par E_____ SA. Cette dernière n'a notamment pas démontré la causalité entre l'entretien du 5 juin 2002 et une perte de confiance telle que seul le licenciement immédiat de 5 personnes sur les 6 concernées s'imposait. En effet, quel que soit le sentiment de l'employeur qui apprend que certains de ses employés envisagent de créer une structure de travail indépendante, il doit prendre des mesures proportionnelles à la nature de la situation qu'il découvre. N'importe quel geste d'humeur ne saurait être admis. Or, en l'espèce, des employés de E_____ SA se

sont certes réunis chez l'un d'eux, en dehors des heures de travail, mais pour une discussion purement exploratoire, destinée à anticiper les conséquences d'une éventuelle déroute financière de leur employeur, laquelle leur avait été annoncée par F_____, directeur financier de E_____ SA. De surcroît, cette réunion, au vu des documents qui en sont ressortis et des preuves rapportées à leur sujet, et contrairement à ce que d'autres ont pu en penser, n'a pas eu beaucoup de consistance. Rien de structuré n'a été établi et, tant le procès-verbal que l'ébauche de budget attestent d'un stade embryonnaire de réflexion, loin de véritables mesures de concrétisation, inaction qui aurait été plutôt de nature à rassurer l'employeur au lieu de le convaincre d'une éventuelle rupture du lien de confiance. Au sujet du budget, il convient encore de garder à l'esprit qu'il se présente sur une seule feuille A4 pour trois exercices et ne présente que des données schématiques, qui ne supposent pas une élaboration très importante.

Par ailleurs, le licenciement est intervenu près de deux mois après cette réunion et les enquêtes n'ont pas permis d'établir que quoi que ce soit aurait été accompli dans l'intervalle. Ceci démontre également le peu de consistance de la volonté des protagonistes de quitter leur employeur pour fonder une entité indépendante. D'un autre point de vue, rien ne peut être déduit de l'existence d'un site internet, puisque celui-ci a été créé avant l'arrivée de son détenteur au sein de E_____ SA et que les enquêtes n'ont pas démontré que ce site aurait fait l'objet du moindre développement entre le 5 juin et le 29 juillet 2002. Enfin, E_____ SA n'a pas démontré que la réunion du 5 juin 2002 aurait démotivé ses participants et qu'elle aurait eu dès lors à se plaindre de leurs prestations professionnelles; elle n'a pas plus allégué que les informaticiens licenciés ne lui auraient plus voué tout leur temps. Il ne saurait en conséquence être reproché aux employés de E_____ SA d'avoir, par le seul fait de s'être réuni une fois, violé leur devoir de fidélité envers leur employeur. Ainsi, à l'instar des premiers juges, la Cour parvient à la conclusion que le licenciement immédiat n'était pas justifié. Dans la perspective du licenciement immédiat, on comprend d'ailleurs mal pourquoi E_____ SA a licencié avec effet immédiat quatre employés et a conservé dans ses rangs un cinquième, K_____, qui s'était associé à la démarche des autres mais que seul son voyage de noces avait empêché de participer à la réunion du 5 juin 2002. Or, puisque E_____ SA prétend que ce n'est pas la réflexion abstraite mais des mesures concrètes qui ont entraîné la rupture du lien de confiance, cette rupture devait impliquer chaque personne concernée et le licenciement les affecter toutes.

Dès lors, force est de constater que les informaticiens ont préparé une éventuelle activité ultérieure sans conviction ni réel engagement, dans un souci de prévoyance en cas de perte de leur emploi, et dont il n'a jamais été dit qu'elle aurait débuté autrement qu'à la fin des relations contractuelles avec E_____ SA.

Par ailleurs, avec le Tribunal, il sied de relever que E_____ SA n'avait à l'époque pas débuté son exploitation et n'avait aucun client, si bien que les protagonistes de la réunion du 5 juin 2002 ne pouvaient à ce stade lui faire concurrence. Au surplus, le témoin K_____, se faisant l'écho des autres informaticiens, a dé-

claré que le projet L_____ n'était pas concurrentiel avec l'activité voulu par E_____ SA. Il n'est dès lors pas possible de retenir des actes de concurrence ré-préhensibles, et a fortiori le débauchage de clients inexistant.

En outre, il n'a pas été démontré que T_____ avait recruté ou même tenté de recruter des employés de E_____ SA.

En conséquence, l'attitude de E_____ SA n'est pas cohérente et démontre par la contradiction qu'elle comporte en elle-même, au regard du traitement différencié appliqué aux informaticiens, que le licenciement immédiat n'était pas l'ultima ratio que requiert la stricte application de la loi. En effet, soit la confiance est détruite et empêche la poursuite des relations professionnelles vis-à-vis de tous ceux qui étaient partie prenante au projet L_____, soit cette confiance n'est pas détruite et la collaboration se poursuit avec tous les employés concernés, le cas du directeur financier étant toutefois différent en raison de sa position dirigeante, des responsabilités et obligations qui incombent à sa fonction, et de la violation de secret, faute grave dont il fut le seul auteur, à l'exclusion des employés qui ne détenaient pas ces secrets.

- 2.6. Les montants alloués à titre de salaire et d'indemnité ont été correctement calculés et n'ont pas été formellement mis en cause par les parties. Correspondant aux pièces du dossier et aux principes juridiques applicables, ils seront par conséquent confirmés.
3. Les conclusions qui précèdent entraînent le rejet de la demande reconventionnelle de E_____ SA, dont les mérites ne seront par conséquent pas examinés.
4. T_____ réclame un montant de 27'000.-- fr. à titre de rachat des stock options.

La remise d'actions ou d'options à titre gratuit ou à un prix inférieur à leur valeur vénale au moment de l'acquisition constitue du salaire en nature qui doit bénéficier de la protection accordée par le Code des obligations (Wyler, Droit du travail., p. 629).

En l'espèce, la problématique est fort simple. Les parties sont convenues, à l'occasion d'une assemblée générale, du mode d'allocation d'options à certains employés de E_____ SA. Les actions de cette société n'étant pas cotées en bourse, le règlement prévoit de manière objective comment en calculer la valeur. Peu importe dès lors que, dans le courant du printemps et de l'été 2002, certains se soient inquiétés de ce système et aient essayé de le modifier. Peu importe également que les nouveaux employés de E_____ SA ne participent pas à ce plan. En l'absence d'accord contraire des parties, la Cour doit appliquer le règlement tel qu'il a

été adopté.

Le plan d'options en faveur de certains employés de l'entreprise et destiné à leur procurer un supplément de rémunération stipule notamment que le conseil d'administration détermine seul, pour chaque date d'octroi, le nombre d'options revenant à chaque bénéficiaire (art. 2.2.), et que l'avis d'octroi était une communication écrite de la société, contresignée par l'employé, qui décrivait les droits qui lui étaient octroyés (art. 1.1. let. H). Par ailleurs, la valeur des actions est définie par l'art. 1.2. :

d) « Valeur de Marché Estimée des Actions » désigne la valeur intrinsèque de l'actif net de la Société, divisé par le nombre d'actions émises. Aux fins d'appliquer le présent règlement, la valeur intrinsèque à une date donnée (ci-après « la date d'évaluation ») est égale au solde des fonds propres nets ressortant des derniers comptes statutaires audités disponibles et préparés conformément au principe de continuité de l'exploitation, ajusté pour tenir compte :

1) des réserves latentes au sens de l'art. 669 CO

2) des montants dus aux employés figurant au bilan audité

3) de la plus-value correspondant à la différence entre le montant net comptable des actifs immobiliers et leur valeur de rendement théorique à la date d'évaluation

4) du profit ou de la perte d'exploitation subséquents jusqu'à la date d'évaluation (...).

Or, les deux fiduciaires qui se sont penchées sur ce problème sont parvenues aux mêmes constatations, à savoir que l'action à racheter par E_____ SA doit l'être au prix de 9 fr. l'unité (cf. supra ad n.h.). Ces constatations étant arithmétiques et basées sur des données admises, soit les comptes audités au 30 septembre 2001 de E_____ SA, il n'y a lieu ni de s'en écarter ni de les considérer comme insuffisantes.

Ainsi, la valeur de rachat des actions de T_____ s'élève à 27'000.-- fr. et E_____ SA est redevable de ce montant.

5. Compte tenu du résultat de l'appel, l'émolument perçu reste acquis à l'Etat.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 5,

A la forme :

- déclare recevables les appels interjetés par E_____ SA et T_____ contre le jugement du Tribunal des prud'hommes rendu suite à la délibération du 30 octobre 2003 dans la cause C/18572/2002-5;

Au fond :

- confirme ledit jugement en tant qu'il a condamné E_____ SA à verser à la Caisse de chômage A_____ 10'259 fr. 10 net (dix mille deux cent cinquante-neuf francs et dix centimes) et à T_____ les sommes de 16'350 fr. brut (seize mille trois cent cinquante francs), plus intérêts à 5% dès le 29 juillet 2002, sous déduction de 10'259 fr. 10 net (dix mille deux cent cinquante-neuf francs et dix centimes), et de 10'900.-- fr. net (dix mille neuf cents francs), plus intérêts à 5% dès le 29 juillet 2002;
- annule ce jugement pour le surplus;

Et statuant à nouveau :

- condamne E_____ SA à payer à T_____ la somme nette de 27'000.- fr.(vingt sept mille francs), plus intérêts à 5% dès le 29 juillet 2002;
- condamne E_____ SA au paiement d'un émolument de 800.-- fr. (huit cents francs);
- dit en conséquence que l'émolument versé reste acquis à l'Etat;
- déboute les parties de toutes autres conclusions;

La greffière de juridiction

Le président