

BGer 4A_86/2017 vom 7. Dezember 2017

Bundesgericht, 2017-12-07, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_86_2017

FR: TF 4A_86/2017 du 7 décembre 2017

IT: TF 4A_86/2017 del 7 dicembre 2017

Erwägungen

E. 1

Interjeté en temps utile (art. 100 al. 1 et 45 al. 1 LTF), par la partie demanderesse qui a succombé partiellement dans ses conclusions en paiement du solde du prix de ses options d'achat d'actions (art. 76 al. 1 LTF), contre une décision finale prise sur recours par le tribunal supérieur du canton (art. 75 LTF) dans une affaire de contrat de travail (bonus), dont la valeur litigieuse est supérieure à 15'000 fr., le recours en matière civile est recevable.

E. 2.1

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Relèvent de ces faits tant les constatations relatives aux circonstances touchant l'objet du litige que celles concernant le déroulement de la procédure conduite devant l'instance précédente et en première instance, c'est-à-dire les constatations ayant trait aux faits procéduraux (ATF 140 III 16 consid. 1.3.1 et les références). Le Tribunal fédéral ne peut rectifier ou compléter les constatations de l'autorité précédente que si elles sont manifestement inexactes ou découlent d'une violation du droit au sens de l' art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF). "Manifestement inexactes" signifie ici "arbitraires" (ATF 140 III 115 consid. 2 p. 117; 135 III 397 consid. 1.5). Encore faut-il que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF).

De jurisprudence constante, le Tribunal fédéral se montre réservé en matière de constatation des faits et d'appréciation des preuves, vu le large pouvoir qu'il reconnaît en la matière aux autorités cantonales (ATF 120 Ia 31 consid. 4b p. 40; 104 Ia 381 consid. 9 p. 399 et les arrêts cités). Dans ce domaine, l'autorité verse dans l'arbitraire lorsqu'elle ne prend pas en compte, sans raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsqu'elle tire des conclusions insoutenables à partir des éléments recueillis (ATF 140 III 264 consid. 2.3 p. 266; 137 III 226 consid. 4.2 p. 234).

La critique de l'état de fait retenu est soumise au principe strict de l'invocation énoncé par l' art. 106 al. 2 LTF (ATF 140 III 264 consid. 2.3 p. 266 et les références). La partie qui entend attaquer les faits constatés par l'autorité précédente doit expliquer clairement et de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées (ATF 140 III 16 consid. 1.3.1 p. 18 et les références). Si elle souhaite obtenir un complètement de l'état de fait, elle doit aussi démontrer, par des renvois précis aux pièces du dossier, qu'elle a présenté aux autorités précédentes, en conformité avec les règles de la procédure, les faits juridiquement pertinents à cet égard et les moyens de preuve adéquats (ATF 140 III 86 consid. 2 p. 90). Si la critique ne satisfait pas à ces exigences, les allégations relatives à un état de fait qui s'écarterait de celui de la décision attaquée ne pourront pas être prises en considération (

ATF 140 III 16 consid. 1.3.1 p. 18).

E. 2.2

L'interprétation de la volonté subjective des parties (art. 18 al. 1 CO), le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices (ATF 132 III 268 consid. 2.3.2, 626 consid. 3.1 p. 632; 131 III 606 consid. 4.1) relève du fait (arrêts 4A_508/2016 du 16 juin 2017 consid. 6.2, non publié aux ATF 143 III 348 ; 4A_98/2016 du 22 août 2016 consid. 5.1; 4A_608/2016 du 30 mai 2017 consid. 2.4; ATF 118 II 365 consid. 1 p. 366/367; 112 II 337 consid. 4a p. 342 s.). Si le juge parvient à la conclusion que les parties se sont comprises ou qu'elles ne se sont pas comprises, cette constatation lie le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF), à moins qu'elle ne soit manifestement inexacte (art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF), c'est-à-dire arbitraire au sens de l' art. 9 Cst.

E. 2.3

Sous réserve de la violation des droits constitutionnels (art. 106 al. 2 LTF). le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Toutefois, compte tenu de l'obligation de motiver qui incombe au recourant en vertu de l' art. 42 al. 2 LTF , il n'examine pas, comme le ferait un juge de première instance, toutes les questions juridiques qui pourraient se poser, mais uniquement celles qui sont soulevées devant lui (ATF 140 III 86 consid. 2 p. 88; 137 III 241 consid. 5; 137 III 580 consid. 1.3 p. 584; 134 III 102 consid. 1.1 p. 104 s.; 133 III 545 consid. 2.2), à moins que la violation du droit ne soit manifeste (ATF 140 III 115 consid. 2 p. 116; arrêts 5A_621/2013 du 20 novembre 2014 consid. 2.2, non publié aux ATF 141 III 53 ; 4A_399/2008 du 12 novembre 2011 consid. 2.1, non publié aux ATF 135 III 112). Il n'est lié ni par les motifs invoqués par les parties, ni par l'argumentation juridique retenue par l'autorité cantonale; il peut donc admettre le recours pour d'autres motifs que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs (ATF 135 III 397 consid. 1.4 et l'arrêt cité).

E. 3.1

Il n'est pas contesté que l'employé et la société employeuse étaient liés par un plan d'intéressement (Mitarbeiterbeteiligung, stock option plan), qui avait pour but d'aligner les intérêts du directeur général sur ceux de l'entreprise et de son actionnaire unique pendant une certaine période, et que l'employé a reçu à ce titre (gratuitement) 21 options lui permettant d'acquérir autant d'actions de la société employeuse et de participer ainsi à l'augmentation de valeur de celle-ci entre son acquisition par C. _____ en juin 2008 et sa revente ultérieure.

La rétribution que l'employé doit percevoir par le biais de ce plan d'intéressement est un salaire variable, car elle se rapproche d'une participation au résultat de l'exploitation de l'entreprise (application par analogie de l' art. 322a al. 1 CO) et elle ne pouvait pas être modifiée unilatéralement par l'employeuse.

A la suite de l'exercice de son option put et conformément à l'accord de cession de ses 21 options du 20 décembre 2013, l'employé a déjà perçu le montant de 375'000 fr., qui a été considéré comme un " bonus ".

C'est le complément du prix de rachat de ces 21 options devant être versé à l'employé selon l'accord de cession d'options du 20 décembre 2013, qui demeure litigieux.

E. 3.2

En vertu du contrat d'intéressement du 3 février 2011, le prix de ces 21 options est fonction d'une formule composée, d'une part, d'un multiple (correspondant à l'EBITDA normalisé sur la base duquel la société avait été achetée en 2008 [art. 10.4] et, d'autre part, de la moyenne des EBITDA normalisés des deux dernières années précédant l'exercice de l'option put, en l'occurrence les années 2011 et 2012.

En instance d'appel, les parties divergeaient encore sur le multiple applicable (6,2 ou 4,9), l'employeuse soutenant qu'une erreur s'était glissée dans le contrat d'intéressement qui indiquait 6,2.

Désormais, l'employeuse ne conteste plus le multiple de 6,2, de sorte que seul l'EBITDA normalisé moyen des années 2011 et 2012 demeure litigieux.

E. 4

Le contrat d'intéressement du 3 février 2011 ne définit aucune méthode pour évaluer l'EBITDA normalisé moyen. Le recourant conteste la méthode FIFO appliquée dans le rapport E. _____ SA et soutient que les parties ont convenu d'appliquer la méthode PUMP.

E. 4.1

Préalablement, pour la bonne compréhension du litige, il s'impose de clarifier le sens des termes techniques utilisés dans la formule de calcul du prix des options et les méthodes de revalorisation des stocks de matières précieuses, ce que la cour cantonale a fait ici et là, mais de manière sommaire et peu claire.

L'EBITDA est l'abréviation de Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization. Les EBITDA ressortent des rapports d'activité et de gestion annuels de la société, approuvés par l'assemblée générale. Ils incluent la revalorisation des stocks de matières précieuses, en particulier de l'or. Il existe plusieurs méthodes pour revaloriser ces stocks, dont le fonctionnement n'est pas explicité par l'arrêt attaqué:

- la méthode FIFO, pour First In First Out;
- la méthode PUMP, pour Prix Moyen Pondéré;
- la méthode LIFO, pour Last In First Out.

L'EBITDA normalisé implique de retraiter l'impact de la revalorisation des stocks des matières précieuses, qu'elle soit positive ou négative (conformément à l'art. 9.2 du contrat). En particulier, en période de hausse de l'or, la revalorisation des stocks de matières premières valorise la société à un montant trop élevé, qui ne correspond pas à la performance de l'entreprise, laquelle est déterminante pour sa vente.

Dans son rapport en vue de la vente de l'entreprise du 4 septembre 2014, E. _____ SA a donc retraité l'EBITDA pour exclure l'impact de la revalorisation des stocks de matières précieuses en déduisant la part relative à la variation de la valeur des métaux précieux (" Margin deferral ") de l'EBITDA ressortant du rapport d'activité et de gestion.

Sur la base des chiffres de l'annexe au courriel du 19 novembre 2013 et du rapport E. _____ SA, on peut constater que les parties sont d'accord sur le fait que les EBITDA 2011 et 2012 (avant retraitement de l'impact de la revalorisation des matières précieuses) déterminants sont les EBITDA des comptes de la société approuvés par l'assemblée générale, respectivement de 7'905'000 fr. pour 2011 et de 10'354'000 fr. pour 2012.

Les parties ne contestent pas non plus que, selon l'art. 9.2 du contrat d'intéressement, ces EBITDA doivent être normalisés en ce sens qu'ils doivent être " retraités de l'impact de la revalorisation des stocks de matières précieuses, qu'elle soit positive ou négative ".

Les parties divergent en revanche sur la façon de calculer le montant de ce retraitement: la cour cantonale s'est basée sur le rapport de E._____ SA, qui a déterminé le " Margin deferral " à retrancher, soit 2'356'000 fr. pour 2011 et 3'065'000 fr. pour 2012, alors que le recourant se base sur l'annexe au courriel du 19 novembre 2013, qui chiffre l' " impact de la revalorisation des stocks d'or allié " à retrancher à 863'000 pour 2011 et à 1'655'000 fr. pour 2012.

E. 4.2

Selon l'arrêt attaqué, la cour cantonale a considéré ce qui suit pour se rallier au rapport de E._____ SA:

E. 4.2.1

La cour cantonale a retenu que le contrat ne précise pas quelle méthode a été appliquée pour évaluer l'EBITDA ayant servi à arrêter le multiple de 6,2.

E. 4.2.2

Selon elle, les parties ont convenu d'un EBITDA normalisé, ce qui implique que celui-ci doit être retraité afin d'exclure l'impact de la revalorisation des stocks de matières précieuses, qu'elle soit positive ou négative (art. 9.2 et 10.4 du contrat du 3 février 2011).

Les EBITDA ressortant des rapports d'activité et de gestion des comptes de la société approuvés par l'assemblée générale, de 7'905'000 fr., pour 2011 et de 10'354'000 fr. pour 2012 ne sont pas normalisés, de sorte qu'il faut en retrancher la revalorisation des matières précieuses, pour obtenir l'EBITDA normalisé moyen.

Pour l'estimation de cette revalorisation, la cour cantonale s'est basée sur les rapports E._____ SA, qui a repris les EBITDA des rapports d'activité et de gestion et qui les a réévalués selon la méthode FIFO. La part relative à la variation de la valeur des matières précieuses (" Margin deferral ") s'élève à 2'356'000 fr. pour 2011 et 3'065'000 fr. pour 2012. Elle a donc retenu des EBITDA normalisés de 5'549'000 fr. pour 2011 (7'905'000 fr. - 2'356'000 fr.) et de 7'289'000 fr. pour 2012 (10'354'000 fr. - 3'065'000 fr.), ce qui donne un EBITDA normalisé moyen de 6'419'000 fr.

La cour cantonale a considéré que le courriel de D._____ du 19 novembre 2013 ne permet pas de retenir un EBITDA normalisé moyen de 7'870'000 fr., car si ce montant a été articulé dans les discussions entre C._____, l'employeuse et l'employé à la fin de l'année 2013, il n'a pas été confirmé par les rapports établis par E._____ SA en vue de la vente de la société en septembre 2014.

Pour le surplus, la cour reproche à l'employé de ne pas avoir démontré que si E._____ SA avait utilisé, en lieu et place de la méthode FIFO, la méthode PUMP, l'EBITDA normalisé moyen des années 2011-2012 aurait nécessairement été de 7'870'000 fr.

E. 4.3

La cour cantonale a ainsi retenu deux motifs: premièrement, l'impossibilité de se fonder sur le courriel de D._____ du 19 novembre 2013 pour retenir un EBITDA normalisé moyen de 7'870'000 fr., qui a certes été évoqué dans des discussions entre les parties mais n'a pas

été confirmé par E. _____ SA; deuxièmement, l'absence de démonstration par le demandeur que l'emploi de la méthode PUMP aurait nécessairement conduit à un EBITDA normalisé moyen de 7'870'000 fr.

E. 4.3.1

Le recourant fait grand cas de la méthode utilisée pour calculer l'EBITDA normalisé moyen: selon lui, la cour cantonale a retenu la méthode FIFO, utilisée par E. _____ SA dans son rapport, alors qu'il existerait un accord des parties sur la méthode PUMP, qui n'a notamment pas été valablement modifié de manière unilatérale. Il s'en plaint à la fois sous le titre d'établissement arbitraire des faits et sous celui de violation de l' art. 18 CO dans la détermination de la volonté subjective des parties sur dite méthode.

Or, dans son second motif, la cour cantonale constate que le demandeur n'a pas démontré que si E. _____ SA avait utilisé, en lieu et place de la méthode FIFO, la méthode PUMP, l'EBITDA normalisé moyen des années 2011-2012 aurait nécessairement été de 7'870'000 fr.

Le recourant ne s'en prend pas à cette motivation et ne démontre donc pas que les deux méthodes aboutiraient à des résultats différents (sur la valorisation de la performance de l'entreprise). Il s'ensuit que la méthode appliquée ne peut pas être examinée par la cour de céans.

Le grief du recourant n'est recevable qu'en tant qu'il oppose aux chiffres du rapport E. _____ SA, auquel s'est ralliée la cour cantonale, les chiffres du document annexé au courriel du 19 novembre 2013 de D. _____, auxquels les parties seraient liées " par un accord ".

Les critiques du recourant qui s'en éloigneraient sont donc sans pertinence. En particulier, il n'y a pas lieu d'examiner selon quelle méthode - prétendument la méthode PUMP - la société a établi ses comptes par le passé et quelle méthode elle appliquait au moment de la signature du contrat d'intéressement du 3 février 2011; il n'est pas non plus décisif de savoir quelle méthode était appliquée au moment de l'accord de cession d'options du 20 décembre 2013, dès lors qu'il y est expressément rappelé que les parties divergent sur les définitions des termes servant au calcul de l'EBITDA normalisé. Il sied d'ailleurs de relever que si le rapport d'activité et de gestion de l'exercice 2011 contient le nom de " FIFO ", c'est en ces termes: " Le principe de valorisation des stocks de métaux précieux correspond à un FIFO basé sur les achats effectifs de la Société. Ces stocks ne sont pas réévalués sur la base des cours de fin d'année. Les stocks " façon " sont valorisés à un coût standard en conformité avec les méthodes générales admises dans la branche d'activité " (art. 105 al. 2 LTF).

Quant au grief tiré de l'invalidité d'une modification unilatérale de la méthode de calcul, il est sans pertinence, au vu de ce qui précède.

E. 4.3.2

En ce qui concerne le premier motif, force est de constater que le recourant ne s'en prend pas directement au calcul effectué par E. _____ SA, mais soutient que ce rapport ne peut pas être considéré comme déterminant puisqu'un accord des parties découle du document annexé au courriel du 19 novembre 2013 au sujet de l'EBITDA normalisé 2011-2012 de 7'870'000 fr.

Comme on l'a vu, la cour cantonale a considéré que ce montant a été simplement articulé dans les discussions entre les différentes parties, mais qu'il n'a pas été confirmé par les experts E._____ SA.

Dans ses critiques d'établissement arbitraire des faits, ainsi que de violation de la détermination de la volonté subjective des parties, le recourant invoque à nouveau la méthode PUMP, relève que le rapport de E._____ SA n'aurait pas été produit dans son intégralité, que l'on ne sait donc pas pourquoi E._____ SA a adopté une nouvelle méthode (FIFO), que le rapport a été établi en vue de la vente de la société et donc dans l'intérêt de C._____, que la méthode PUMP aurait été un choix, et non une erreur, qu'à la date du 19 novembre 2013, la société ne contestait que le multiple (4,9 au lieu de 6,2) et non l'EBITDA normalisé, que la société n'aurait contesté la méthode PUMP que dans sa réponse à la demande en justice.

Or, comme on vient de le voir, la méthode PUMP en tant que telle (le terme de PUMP ayant même été utilisé dans le document annexé au courriel) n'est pas déterminante puisque le demandeur n'a pas démontré que la valorisation de l'entreprise selon sa performance intrinsèque (donc après retrait de l'impact de la revalorisation des stocks d'or) donnerait nécessairement un EBITDA normalisé de 7'870'000 fr. ou, en d'autres termes, serait différent selon que l'on applique la méthode PUMP ou FIFO, de sorte que toutes ces critiques n'ont pas à être examinées. Dans la mesure où sa critique peut être prise en considération, elle est irrecevable: le recourant se limite en effet à soutenir qu'il ne s'agissait pas de discussions, ce qui n'est évidemment pas suffisant pour démontrer que ces documents envoyés par D._____ constituaient un réel accord et lieraient la société.

Les considérations du recours sur l'absence d'invalidation pour erreur sont superflues, dès lors qu'elles ne se conçoivent que comme conséquence de l'admission d'un accord.

E. 4.4

Le recourant se plaint également de " violation du droit à la preuve (art. 8 CC) ".

Le recourant ne soutient pas que les juridictions cantonales lui auraient refusé à tort l'administration du seul moyen de preuve propre à prouver un fait pertinent, en l'occurrence un accord des parties sur l'EBITDA normalisé. Après avoir relevé que la défenderesse a allégué que le montant de 7'870'000 fr. était indiqué par erreur dans le courriel du 19 novembre 2013 de D._____, il reproche à la cour cantonale de s'être fondée sur une allégation non prouvée et, partant, d'avoir violé l' art. 8 CC . Or, un tel grief n'a rien à voir avec le droit à la preuve, mais simplement avec l'exigence que tout fait doit être prouvé pour servir de fondement au jugement.

En l'occurrence, la cour cantonale a simplement considéré que ce chiffre avait été articulé dans les discussions, mais qu'il n'a pas été confirmé par les rapports de E._____ SA en vue de la vente de la société en septembre 2014. Lorsqu'il soutient que la cour cantonale a mal apprécié le témoignage de D._____ - président du conseil d'administration de la société, qui a un intérêt à l'issue du procès -, que celui-ci ne fait que se référer au rapport de E._____ SA, que les pages de ce rapport quant à un changement de méthode dans les comptes de la société n'ont pas été produites, qu'il n'est pas prouvé que l'hypothétique changement de méthode serait le résultat d'une erreur, plutôt que d'un choix dont le motif lui échappe et que, partant, la cour cantonale ne pouvait pas se baser sur le témoignage de D._____ pour considérer que le montant de 7'870'000 fr. ne pouvait être admis, le recourant s'en prend en réalité à l'appréciation des preuves (mélangeant à nouveau la

méthode en tant que telle et les chiffres contenus dans l'annexe au courriel), et non à la violation de l' art. 8 CC . Or, le sort de l'appréciation des preuves sur ce point a déjà été scellé ci-dessus.

E. 4.5

Quant à la critique de l'inapplicabilité de l'art. 3 § 4 de l'accord de cession, elle manque sa cible. En effet, la cour cantonale a considéré à propos de cette disposition que l'employeuse ne pouvait pas prévoir une clause d'arbitrage ni même une clause d'expertise-arbitrage, qu'elle ne pouvait pas modifier unilatéralement la méthode d'évaluation comptable, avant de conclure que les parties n'ont pas valablement modifié le contrat du 3 février 2011.

E. 4.6

Enfin, à titre subsidiaire, pour le cas où un accord sur la méthode PUMP ne serait pas retenu, le recourant reproche à la cour cantonale d'avoir violé les art. 18 CO et 1 et 2 CC dans le complètement du contrat.

Comme on l'a vu, la cour cantonale a reproché au recourant de n'avoir pas démontré que les deux méthodes aboutiraient à des résultats différents de valorisation de la société selon sa performance intrinsèque. Il s'ensuit que le grief du recourant est irrecevable.

E. 5

Le recours doit donc être rejeté dans la mesure où il est recevable, aux frais de son auteur (art. 66 al. 1 LTF). Le recourant sera également condamné à payer à l'intimée une indemnité à titre de dépens (art. 68 al. 1 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.