

**COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 22 mai 2017

---

Composition : M. ABRECHT, président  
Mme Fonjallaz et M. Krieger, juges  
Greffier : M. Hersch

\*\*\*\*\*

**Art. 320 al. 2 et 322 al. 1 CO**

Statuant sur l'appel interjeté par **J.**\_\_\_\_\_, à Vevey, demanderesse, contre le jugement rendu le 29 janvier 2016 par la Cour civile du Tribunal cantonal dans la cause divisant l'appelante d'avec **V.**\_\_\_\_\_ **SA**, à Vevey, défenderesse, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

## **En fait :**

**A.** Par jugement du 29 janvier 2016, dont les considérants écrits ont été adressés aux parties le 13 octobre 2016, la Cour civile du Tribunal cantonal a rejeté les conclusions prises par la demanderesse J. \_\_\_\_\_ contre la défenderesse V. \_\_\_\_\_ SA, selon demande du 22 décembre 2010 (I), a arrêté les frais de justice à 16'641 fr. 80 pour la demanderesse et à 19'490 fr. 60 pour la défenderesse (II) et a condamné la demanderesse à verser à la défenderesse le montant de 50'990 fr. 60 à titre de dépens (III).

Les premiers juges étaient amenés à statuer sur une demande de J. \_\_\_\_\_ contre V. \_\_\_\_\_ SA visant au paiement d'un salaire variable pour les années 2009 et 2010. En droit, ils ont qualifié le chiffre 4.2 du contrat de travail, selon lequel une part de salaire variable serait ajoutée au salaire fixe lorsque le développement des affaires court terme permettrait de l'envisager, de convention préalable, qui ne fondait aucun droit à l'exécution. Ils ont considéré que lors de la conclusion du contrat, les parties s'étaient entendues sur le principe d'une rémunération variable dans le futur, mais que celle-ci devait faire l'objet d'un accord ultérieur, portant sur les éléments objectivement essentiels d'une telle rémunération. Or aucun accord n'était ensuite intervenu s'agissant des bases de calcul de cette rémunération. Dans ces conditions, aucun contrat n'était venu à chef s'agissant du salaire variable de l'employée. Le juge ne pouvant suppléer à l'absence d'accord sur les éléments objectivement nécessaires pour déterminer le mode de calcul et l'étendue de la rémunération variable, la prétention de la travailleuse en paiement du salaire variable devait être rejetée.

**B.** Par acte du 14 novembre 2016, J. \_\_\_\_\_ a formé appel contre le jugement précité, en concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens que V. \_\_\_\_\_ SA lui doive immédiat paiement de la somme de 523'438 fr. 40 avec intérêts à 5 % l'an

dès le 31 décembre 2009 sur la somme de 318'229 fr. 40 et dès le 30 septembre 2010 sur la somme de 205'209 fr., et subsidiairement à ce que les dépens dus par elle soient réduits à dire de justice.

Dans sa réponse du 16 mars 2017, V.\_\_\_\_\_ SA a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de l'appel.

**C.** La Cour d'appel civile retient les faits pertinents suivants, sur la base du jugement complété par les pièces du dossier :

**1.** La société V.\_\_\_\_\_ SA (ci-après : V.\_\_\_\_\_ SA) a pour but statutaire l'étude, la construction et l'exploitation des réseaux nécessaires au transport de gaz naturel en Suisse romande ; l'achat en gros et la vente de gaz naturel ; la reprise, la construction, l'équipement et l'exploitation d'installations de production, de stockage ou de traitement de gaz ; la participation à la prospection de gaz naturel et à la recherche de sites de stockage de gaz naturel ; la participation à des entreprises ou sociétés poursuivant des buts analogues et la collaboration avec les milieux suisses intéressés au gaz naturel. En 2009, son capital social était détenu à hauteur de 72 % par des collectivités publiques ou semi-publiques.

V.\_\_\_\_\_ SA exerce une activité de trading en ce sens qu'elle achète du gaz, qu'elle transporte et vend à ses clients qui sont principalement ses actionnaires. Pour garantir la livraison du gaz, elle couvre les besoins en approvisionnement de ses clients actionnaires par la conclusion de contrats d'approvisionnement en gaz à long terme à prix indexés sur les produits pétroliers, avec une marge de volume d'achat à la hausse ou à la baisse. Les contrats à long terme conclus par V.\_\_\_\_\_ SA ne prévoient pas tous la même marge d'achat de volume de gaz. Cette souplesse permet à cette dernière d'adapter ses achats effectifs de gaz aux besoins de ses actionnaires. Elle lui permet également d'acquérir une part marginale - de l'ordre de 15 à 20% - du gaz nécessaire à ses clients actionnaires par des achats sur le marché à court terme, lorsque le prix y est inférieur à ceux prévus dans les contrats à long terme.

J.\_\_\_\_\_, née en 1969, a été active dans le domaine du transport maritime (« *shipping* ») de 1997 à 2007. Du 5 juin 2007 au 31 octobre 2008, elle a travaillé pour la société [...] SA, une entreprise active dans le commerce de matières premières et s'adonnant à du trading pur. Elle y occupait la fonction de « clean fuels traffic manager ». Son activité consistait à mettre en place un département de quatre personnes, à recruter et à former des opérateurs, à exécuter et à suivre au quotidien les contrats et à négocier entre l'équipe d'exécution et les traders. Elle a également été active dans le secteur du sucre, dans le cadre d'un projet de « risk assessment ». J.\_\_\_\_\_ percevait alors un salaire de l'ordre de 170'000 fr. par année à 100%, auquel pouvait s'ajouter un bonus en fonction des résultats.

**2.** A la fin de l'hiver 2008, V.\_\_\_\_\_ SA souhaitait pourvoir le poste de responsable du développement des affaires court terme. A cette fin, elle a mandaté une chasseuse de têtes, [...]. L'annonce rédigée par cette dernière indiquait qu'un « responsable développement négoce court terme » était recherché. Le cahier des charges mentionnait les activités suivantes : gestion, contrôle de gestion, suivi de la facturation et analyse des transactions d'achat/vente effectuées ; achat/vente de gaz aux hubs européens et dans le cadre des accords « EFET General Agreement Gas » (EFET) existants ; négociation de nouveaux contrats EFET ; organisation du transport et/ou stockage du gaz acheté/vendu dans le cadre de l'activité négoce court terme ; développement de procédures de risk management et d'achat/vente de gaz naturel ; participation à la définition des objectifs du négoce court terme ; analyse des marchés d'approvisionnement.

Après une première prise de contact par [...], J.\_\_\_\_\_ a transmis son curriculum vitae à V.\_\_\_\_\_ SA. Un premier entretien a eu lieu le 30 avril 2008 et un deuxième le 13 juin 2008, au cours duquel la question du salaire variable n'a pas été abordée.

Lors d'un troisième entretien le 2 juillet 2008, les parties ont discuté d'un salaire variable. V.\_\_\_\_\_ SA a offert à J.\_\_\_\_\_ un salaire

annuel fixe de 170'000 fr. brut et lui a en outre proposé de lui assurer une formation interne et de financer également une formation externe, dès lors qu'elle n'avait pas de connaissances en matière de gaz naturel, avec pour conséquence qu'il n'y aurait pas d'allocation de bonus la première année. V.\_\_\_\_\_ SA a indiqué à J.\_\_\_\_\_ que lorsque la cellule des affaires court terme serait montée et que l'employeuse disposerait d'une base de calcul, une part variable serait ajoutée au salaire fixe. V.\_\_\_\_\_ SA estimait à une année environ le délai d'attente pour atteindre ces objectifs et bénéficier de ces informations. Aucun montant n'a été articulé. J.\_\_\_\_\_ a déclaré que la proposition lui semblait avoir du sens. Au cours des pourparlers, il a en outre été expliqué à J.\_\_\_\_\_ que V.\_\_\_\_\_ SA n'était pas une société anonyme classique, mais une entreprise permettant l'achat et le transport de gaz en commun pour des collectivités publiques et des sociétés anonymes détenues majoritairement par des collectivités publiques.

Le 18 juillet 2008, X.\_\_\_\_\_, directeur général de V.\_\_\_\_\_ SA, a encouragé J.\_\_\_\_\_ à rejoindre V.\_\_\_\_\_ SA. Informée par [...] que J.\_\_\_\_\_ avait reçu une nouvelle proposition de [...] SA incluant une augmentation de salaire à 185'000 fr. brut par an et cinq jours de vacances supplémentaires payés, V.\_\_\_\_\_ SA a indiqué à J.\_\_\_\_\_ qu'elle s'alignait sur la dernière proposition de son employeur actuel.

**3.** Le 30 juillet 2008, V.\_\_\_\_\_ SA a confirmé à J.\_\_\_\_\_ qu'elle l'engageait en qualité de responsable développement des affaires court terme au sein du département Négoce et lui a adressé un contrat de travail, que J.\_\_\_\_\_ a signé le 10 août 2008. Le contrat prévoyait notamment un temps de travail de 42.5 heures par semaine, l'activité de négoce pouvant toutefois nécessiter une disponibilité en dehors des heures de bureau habituelles (ch. 3), et 20 jours ouvrables par an de vacances. Le ch. 4 du contrat de travail, relatif au salaire, était rédigé comme suit :

- « 4. Salaire fixe : CHF 14'616 par mois. Une allocation égale à un salaire mensuel sera versée en fin d'année (prorata temporis pour 2008).

Salaire variable : une part de salaire variable sera ajoutée au salaire fixe déterminé ci-dessus lorsque le développement des affaires court terme permettra de l'envisager. Les parties s'entendront sur le mode de calcul. »

J.\_\_\_\_\_ a effectué son premier jour de travail le 3 novembre 2008. L'entretien de fin de temps d'essai s'est déroulé le 21 janvier 2009. Le salaire de J.\_\_\_\_\_ n'y a pas été abordé.

Afin d'optimiser dans la mesure du possible le prix du gaz acquis, V.\_\_\_\_\_ SA utilisait la souplesse de livraison et réduisait ses achats effectués dans le cadre des contrats conclus à long terme lorsque le gaz pouvait être acquis sur le marché « spot », soit le marché au comptant, à un prix moins élevé que dans les contrats à long terme. Dans ce cadre, l'activité de J.\_\_\_\_\_ consistait à optimiser le prix et le volume de la part du gaz acquise par V.\_\_\_\_\_ SA par des achats ponctuels à court terme, à un prix inférieur à celui des contrats à long terme. Elle travaillait dans le cadre d'instructions données par son employeuse. Chaque matin, un collaborateur de V.\_\_\_\_\_ SA lui indiquait le prix en dessous duquel elle pouvait procéder à des achats de gaz et le volume maximum de gaz à acquérir le jour même pour le lendemain. Ces achats ne couvraient qu'une partie de la consommation des actionnaires et il n'y avait pas d'achat ou de vente à découvert. La société n'achetait du gaz que si elle en avait besoin pour ses clients actionnaires. J.\_\_\_\_\_ ne pouvait qu'acheter du gaz à un prix inférieur au prix maximum qui lui était donné et dans le cadre du volume indiqué le matin. Si les consignes de la politique de risques de la direction étaient respectées et dans la mesure où les quantités que J.\_\_\_\_\_ pouvait acheter à court terme et la marge de manœuvre au niveau du prix lui étaient aussi indiquées, l'activité de cette dernière ne présentait qu'un risque limité. Ainsi, l'activité de J.\_\_\_\_\_ était différente de celle d'un trader, qui est plus risquée. Alors que la société de « trading » cherche à faire un profit sur le commerce

(achat et vente) du gaz, l'objectif de V.\_\_\_\_\_ SA était de faire des économies sur l'acquisition du gaz. Cette dernière n'avait en effet pas pour activité de réaliser des profits sur le commerce du gaz en soi, mais de transporter le gaz qu'elle achetait et vendait à ses clients. Elle ne prenait pas de risques dans les contrats à long terme et ne prenait que peu de risques dans les contrats à court terme. Par son activité, J.\_\_\_\_\_ ne pouvait que faire réaliser un profit à V.\_\_\_\_\_ SA ou lui faire faire des économies, puisqu'elle ne pouvait acheter qu'à un prix inférieur à la moyenne des prix des contrats à long terme du jour, contrairement au « trader » qui peut beaucoup travailler pour réaliser des affaires à perte et ne pas générer une marge justifiant un bonus de fin d'année.

**4.** Au dernier trimestre de l'année 2009, J.\_\_\_\_\_ a interpellé oralement V.\_\_\_\_\_ SA au sujet de son salaire variable pour l'année 2009, respectivement pour connaître l'avancement de l'élaboration de la méthode de calcul.

Le 3 décembre 2009, J.\_\_\_\_\_ a eu un entretien de qualification de fin d'année avec F.\_\_\_\_\_, directeur avec signature collective à deux de V.\_\_\_\_\_ SA. Un formulaire d'appréciation a été rempli. Sous l'intitulé « appréciation globale », il était mentionné qu'au terme de 13 mois, J.\_\_\_\_\_ avait bien pris en main les achats à court terme et les contrats EFET. A titre d'objectifs pour la période à venir, J.\_\_\_\_\_ devait notamment continuer le développement de la cellule « court terme ». Lors de cet entretien, il a été exposé à J.\_\_\_\_\_ qu'il n'y aurait pas de salaire variable pour l'année 2009. J.\_\_\_\_\_ s'en est étonnée.

Le 14 décembre 2009, V.\_\_\_\_\_ SA a annoncé à J.\_\_\_\_\_ que son salaire annuel de base serait augmenté de 1'430 fr. à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2010 pour s'établir à 178'295 fr. par an. Une gratification exceptionnelle de 8'000 fr. lui a en outre été allouée en raison des efforts consentis pour la mise en place des transactions à court terme et le développement des relations avec les contreparties.

5. En automne 2009, J.\_\_\_\_\_ a réduit son temps de travail à 90 %. Après une période d'essai, son contrat a été modifié en ce sens par avenant du 1<sup>er</sup> février 2010.

Le 1<sup>er</sup> février 2010, J.\_\_\_\_\_ a adressé à V.\_\_\_\_\_ SA un courrier, dans lequel elle indiquait que selon elle, le principe du versement d'un salaire variable était acquis tant pour l'année 2009 que pour le futur. Relevant que l'employeuse n'était jamais entrée en matière sur le mode de calcul du salaire variable, elle a proposé de se rapporter aux usages dans le domaine du négoce, selon lesquels un montant équivalent à 10 à 20 % du « P&L » (« *Profit and Loss* ») réalisé par l'employé lui était versé à titre de salaire variable, moyennant déduction de certaines charges du département. J.\_\_\_\_\_ a exposé que grâce à son travail, V.\_\_\_\_\_ SA avait économisé près de 24 millions de francs, ce qui correspondait à un « P&L » mensuel de 2,24 millions de francs. Elle a en outre relevé que le nombre de transactions mensuelles avait augmenté de près de 500 %, passant de 7 à 35 par mois, et que ses résultats correspondaient aux prévisions de 5 années. A son sens, les formations effectuées en 2009 ne pouvaient être considérées comme un salaire variable. J.\_\_\_\_\_ a réitéré son vœu d'établir un mode de calcul permettant de déterminer précisément la part variable de son salaire.

Les parties se sont rencontrées le 1<sup>er</sup> mars 2010, sans parvenir à un accord. V.\_\_\_\_\_ SA a notamment indiqué qu'il était difficilement envisageable de suivre le calcul exposé dans le courrier de J.\_\_\_\_\_ du 1<sup>er</sup> février 2010, V.\_\_\_\_\_ SA n'étant pas une compagnie de trading pur et le travail effectué étant relativement prévisible et sans risques particuliers. X.\_\_\_\_\_ a indiqué qu'il était toujours parti du principe que l'année 2009 ne donnerait pas lieu à un salaire variable, mais que cela arriverait en 2010. Il a précisé que la question de la rémunération variable des collaborateurs serait abordée lors d'une prochaine réunion du comité de V.\_\_\_\_\_ SA. La base de calcul serait la performance effective par rapport à un prix court terme du marché comme référence. De plus, le bonus serait plafonné à 10 à 20 % du salaire annuel.

Pour l'année 2010, V.\_\_\_\_\_ SA ne s'est pas opposée sur le principe au versement d'un salaire variable à J.\_\_\_\_\_. De l'aveu des parties, la méthode proposée par J.\_\_\_\_\_ ne permettait toutefois pas de distinguer exactement la performance personnelle de la demanderesse de l'éventuelle favorabilité du marché. V.\_\_\_\_\_ SA a dès lors proposé à J.\_\_\_\_\_ la méthode dite de « valeur de remplacement », que cette dernière a acceptée. Cette méthode consistait à comparer la performance personnelle de J.\_\_\_\_\_ à l'alternative de V.\_\_\_\_\_ SA d'effectuer des achats mensuels si J.\_\_\_\_\_ n'était pas présente pour effectuer des achats dits « spot », soit au comptant.

**6.** Le 10 mars 2010, le comité de V.\_\_\_\_\_ SA a adopté des « principes de rémunération pour le négoce effectué sur le marché à court terme ». Ceux-ci déterminaient le mode de calcul de la rémunération variable. En substance, pour chaque mois et pour chaque « hub », la dernière cotation du prix « month ahead » publiée par [...] le mois précédent était prise comme valeur de référence. Pour chaque opération réalisée en cours de mois sur ce hub, le gain réalisé était calculé par rapport à cette valeur de référence. Les gains ainsi réalisés étaient additionnés au long de l'année. Les pertes générées par des transactions désavantageuses par rapport au prix des contrats long terme ou découlant d'une obligation de fermer une position étaient déduites des gains. Une part de 2,5 % du montant annuel du gain ainsi calculé constituait la rémunération variable, étant entendu que celle-ci ne pouvait excéder le 15 % du revenu annuel fixe d'un collaborateur.

Une nouvelle séance a eu lieu entre les parties le 9 avril 2010, au cours de laquelle une copie des principes de rémunération précités a été transmise à J.\_\_\_\_\_. Cette dernière n'a pas signé le procès-verbal de la séance.

Par courriel du 19 avril 2010, J.\_\_\_\_\_ a adressé à V.\_\_\_\_\_ SA une proposition de redéfinition de son poste prévoyant notamment pour les années 2009 et 2010 un salaire variable correspondant à 15 % du salaire fixe et une augmentation de salaire de 5 % dès le 1<sup>er</sup> janvier 2011.

Elle a prié V.\_\_\_\_\_ SA de lui adresser une réponse lors de la séance agendée au 17 mai 2010.

Par courrier du 30 avril 2010, J.\_\_\_\_\_ a présenté sa démission, précisant toutefois que si V.\_\_\_\_\_ SA acceptait sa proposition du 19 avril 2010 lors de la séance du 17 mai 2010, elle pourrait annuler sa démission. Lors de l'entrevue du 17 mai 2010, V.\_\_\_\_\_ SA a indiqué qu'elle prenait acte de la démission, la fin des rapports de travail étant fixée à fin octobre 2010 compte tenu du délai de résiliation de six mois. V.\_\_\_\_\_ SA a précisé maintenir sa position selon laquelle pour l'année 2009, la formation dispensée remplaçait le salaire variable. J.\_\_\_\_\_ n'a pas signé le procès-verbal de cette séance.

Le 18 juin 2010, V.\_\_\_\_\_ SA a remis à J.\_\_\_\_\_ une copie de la « directive relative aux achats court/moyen terme », laquelle délimitait les compétences des gestionnaires de portefeuille court terme en matière de transactions. En substance, la limite des transactions que ceux-ci étaient habilités à effectuer était d'un million de francs par transaction et de trois millions de francs par jour. Ces limites pouvaient être augmentées à 3 millions de francs par transaction et à 5 millions de francs par jour moyennant l'approbation écrite du responsable du département négoce et du risk manager, respectivement à 5 millions de francs par transaction et à 10 millions de francs par jour moyennant l'approbation écrite de tous les membres du groupe de suivi interne des risques.

Les parties sont finalement convenues de mettre fin aux rapports de travail le 30 septembre 2010. Une convention de fin de rapports de travail a été signée à cet égard le 10 septembre 2010. Dans une missive du 15 septembre 2010, V.\_\_\_\_\_ SA a réitéré sa position selon laquelle aucun salaire variable n'était dû pour l'année 2009. S'agissant du salaire variable de l'année 2010, elle a proposé à J.\_\_\_\_\_, pour solde de tout compte, de lui verser la somme de 26'750 fr., correspondant au plafond fixé par les principes de rémunération du 10 mars 2010.

Durant les rapports de travail, J.\_\_\_\_\_ a participé à huit séminaires de formation pris en charge par V.\_\_\_\_\_ SA, soit un en 2008, six en 2009 et un en 2010.

**7.** Par demande du 22 décembre 2010, J.\_\_\_\_\_ a conclu, avec suite de frais et dépens, au paiement par V.\_\_\_\_\_ SA de la somme de 523'438 fr. 40, avec intérêt à 5 % l'an dès le 31 décembre 2009 sur la somme de 318'229 fr. 40 et dès le 30 septembre 2010 sur la somme de 205'209 francs.

Dans sa réponse du 4 avril 2011, V.\_\_\_\_\_ SA a conclu, avec dépens, au rejet de la demande.

**8.** En cours d'instruction, une première expertise a été ordonnée et confiée à O.\_\_\_\_\_, Professeur à la Haute Ecole de Gestion de Genève, qui s'est adjoint le concours du co-expert [...].

Les experts ont rendu leur rapport le 4 décembre 2012. Sous l'intitulé « commentaire général », ils ont précisé que le cas d'espèce ne concernait pas uniquement la performance de J.\_\_\_\_\_, mais la performance liée au risque. Selon eux, J.\_\_\_\_\_, qui avait fait du très bon travail, méritait un bonus, mais la somme qu'elle réclamait était trop élevée. S'agissant du calcul du bonus, ils ont indiqué que la formation de l'intéressée ne devrait pas être prise en compte et que la somme la plus adaptée était comprise entre 100'000 et 125'000 fr. pour chaque année de service chez V.\_\_\_\_\_ SA. Si des traders au sommet devaient pouvoir compter sur un bonus à hauteur de 20 %, celui de J.\_\_\_\_\_ devait se situer entre 5 et 10 % et se rapprocher de 10 %, au vu de sa performance dépassant les attentes. Selon les experts, J.\_\_\_\_\_ méritait un bonus, mais le montant demandé était beaucoup trop élevé en termes de prise de risque.

A dire d'experts, J.\_\_\_\_\_ avait atteint des résultats qui dépassaient de loin les attentes, et ce avant même qu'elle ait suivi la totalité des formations proposées. Grâce à J.\_\_\_\_\_, la mise en place de

la cellule « court terme » avait été extrêmement rapide. Ne serait-ce que pour 2009, ses résultats correspondaient aux prévisions des trois prochaines années et le nombre de transactions avait augmenté de près de 500%, passant de sept à trente-cinq par mois. Toutefois, ces résultats, bien que significatifs, devaient être mis en relation avec la prise de risque et la nature de l'activité. Ils avaient en outre profité de conditions de marché très favorables.

S'agissant du mode de calcul du salaire variable, les experts ont indiqué que le chiffre avancé par J. \_\_\_\_\_ de 20 % du « P&L » correspondait à la pratique applicable au « pure prop trading », activité comprenant des risques et des difficultés élevés, étant entendu que ce montant était alors alloué à un collectif plutôt qu'à un individu, après déduction des coûts directs et indirects de l'équipe. Ils ont estimé qu'un taux de 5 et 10 %, après déduction des charges, était plus adapté. Ils ont adhéré à la définition du « P&L » net consistant à dire que celui-ci représentait la performance personnelle de l'acheteur « spot » par rapport à l'alternative pour l'intimée d'effectuer des achats mensuels. Les experts ont confirmé que le « P&L net » réalisé par J. \_\_\_\_\_ s'élevait à 1'591'470 fr. en 2009 et à 1'026'045 fr. en 2010. Ils ont estimé que le salaire variable de l'employée devrait être compris entre 7,5 et 10 % du « P&L net » ainsi calculé, soit entre 119'336 fr. et 159'114 fr. 70 pour l'année 2009 et entre 76'953 fr. 40 et 102'604 fr. 50 pour l'année 2010.

Les experts ont encore relevé que V. \_\_\_\_\_ SA n'était pas une société de trading pur, mais un fournisseur de services industriels, et que les opérations de trading telles que les transactions « time swap » n'y étaient pas significatives. Selon eux, l'activité de J. \_\_\_\_\_ ne pouvait être comparée avec celle d'un trader de gaz naturel faisant partie d'une maison de négoce, mais était plutôt assimilable à celle d'un trader de gaz naturel actif dans une entreprise de fourniture de gaz à des collectivités publiques et privées au sens large, raison pour laquelle ils proposaient de s'en tenir à un pourcentage de 7,5 à 10 % du « P&L net », au lieu des 20 % mentionnés par J. \_\_\_\_\_.

Invité à déposer un complément d'expertise, O.\_\_\_\_\_ a décliné sa mission le 12 juillet 2013, en confirmant pour le surplus la teneur du rapport du 4 décembre 2012.

**9.** Une seconde expertise a été confiée à V.\_\_\_\_\_, consultant au [...], lequel a rendu son rapport le 8 septembre 2014.

En préambule, l'expert V.\_\_\_\_\_ a rédigé deux textes décrivant l'approvisionnement gazier de V.\_\_\_\_\_ SA d'une part et les activités de J.\_\_\_\_\_ parallèlement aux opérations d'achat d'autre part. L'expert a exposé que V.\_\_\_\_\_ SA achetait du gaz qu'elle revendait au prix coûtant à ses actionnaires. Son approvisionnement était basé principalement sur des contrats à long terme sur 20 à 30 ans avec de gros fournisseurs. Dans les années 2000, un marché du gaz à court terme s'était développé en Europe, offrant des prix nettement plus bas que sur le marché du long terme, raison pour laquelle V.\_\_\_\_\_ SA avait cherché à s'approvisionner autant que possible sur le marché à court terme, tout en respectant les volumes minimaux spécifiés dans les contrats d'achat de gaz à long terme. Les achats de gaz à court terme permettaient de réduire le coût moyen des achats, réduction dont profitaient les actionnaires de V.\_\_\_\_\_ SA. Parallèlement aux opérations de trading d'achat, l'activité de J.\_\_\_\_\_ consistait à négocier de nouveaux contrats EFET, cette dénomination se référant à un cadre de référence pour les achats de gaz à court terme, à participer à la définition du processus décisionnel pour fixer les limites des achats à court terme et à développer le trading desk.

Se déterminant sur les allégués soumis à expertise, V.\_\_\_\_\_ a indiqué que le rôle de J.\_\_\_\_\_ consistait essentiellement à procéder à des achats de gaz sur le marché à court terme, dans le cadre des limites fixées par la direction du négoce de V.\_\_\_\_\_ SA, des opérations de vente n'intervenant qu'à titre exceptionnel. Les achats court terme effectués, qui avaient pour effet de réduire le coût moyen des achats, avaient conduit à des économies, mais ces économies résultaient des décisions de la direction de V.\_\_\_\_\_ SA relatives aux limites des achats à court terme. Dans un contexte de marché favorable et compte tenu de la

stratégie de V.\_\_\_\_\_ SA, l'activité de J.\_\_\_\_\_, « cheville ouvrière » de la politique d'achat à court terme, avait permis un développement considérable des affaires court terme. Les marges réalisées ne pouvaient toutefois pas être portées au crédit de J.\_\_\_\_\_, car elles résultaient de décisions stratégiques et tactiques prises par la direction de V.\_\_\_\_\_ SA. Le contexte très favorable du marché en 2009 et en 2010, impliquant une baisse considérable des prix, n'était pas prévisible en 2008. C'était cette baisse des prix qui avait permis le développement des affaires court terme.

V.\_\_\_\_\_ a estimé que la comparaison de l'activité de J.\_\_\_\_\_ avec celle d'un trader sur les marchés financiers n'était pas adéquate, ces derniers opérant sur des marchés très structurés et réglementés, exécutant une multitude d'opérations plus complexes et réalisant potentiellement des marges tant sur les opérations d'achat que de vente. Selon l'expert, une comparaison plus pertinente pouvait être effectuée avec les compagnies d'électricité, qui avaient développé une activité de trading d'achat. Dans ces compagnies, la rémunération variable était basée sur les gains réalisés, après déduction des pertes et des frais, avec un plafond en pourcentage du salaire fixe. Pour le responsable de l'unité, le plafond était en général arrêté à 40 à 50 % du salaire fixe, tandis que pour un trader rattaché, le pourcentage était de 10 à 20 % du salaire fixe.

Selon l'expert, la marge entre le prix des achats à court terme et celui des contrats à long terme n'était pas représentative pour apprécier la performance de J.\_\_\_\_\_. En outre, la méthode dite « de la valeur de remplacement », consistant à chiffrer la performance de la travailleuse en mesurant l'écart entre les prix des achats « spot » et les prix d'un contrat « month ahead », n'était pas un critère adéquat, puisque J.\_\_\_\_\_ œuvrait dans le cadre des directives imposées par son employeuse et que dans la compréhension de l'expert, il n'y avait pas d'encadrement de la travailleuse pour apprécier les prix « spot » par rapport aux prix « month ahead ». A cet égard, l'expert a relevé, tableau à l'appui, que l'utilisation de ce critère ne serait pas favorable à J.\_\_\_\_\_.

puisqu'en 2009, les prix « spot » n'avaient été inférieurs aux prix « month ahead » que six mois sur douze, tandis qu'en 2010, les prix « spot » avaient été supérieurs aux prix « month ahead » huit mois sur douze. De l'avis de V.\_\_\_\_\_, la performance de J.\_\_\_\_\_ résidait essentiellement dans le volume important des achats « spot » effectués, qui avaient passé de moins de 30'000 en janvier 2009 à plus de 250'000 en mars de la même année. Ces achats avaient été effectués dans le cadre des directives de V.\_\_\_\_\_ SA et sans référence à une marge par rapport au « month ahead ». Selon l'expert, le « P&L net » allégué par J.\_\_\_\_\_ à hauteur de 1'591'147 fr. en 2009 et de 1'026'045 fr. en 2010 ne correspondait pas à la performance de cette dernière. L'expert a en outre confirmé que les achats à court terme n'étaient pas marginaux pour V.\_\_\_\_\_ SA.

V.\_\_\_\_\_ a déposé un rapport complémentaire le 27 mars 2015. Il a réitéré sa position selon laquelle la performance de J.\_\_\_\_\_ dépendait du volume des achats effectués sur le marché court terme. Le « P&L » défini en tant que différence entre achats « spot » et prix des contrats à long terme ne faisait pas de sens selon l'expert, pour qui la notion de « P&L » correspondait à un document financier indiquant des revenus et des charges (« *profit and loss* »), avec un solde pouvant être un profit ou une perte. L'expert a toutefois admis que dans les relations entre J.\_\_\_\_\_ et [...], le terme de « P&L » était utilisé pour désigner l'écart entre les achats à court terme et l'alternative d'un achat basé sur un contrat à long terme. Se prononçant sur les chiffres avancés par les parties à titre de « P&L », l'expert a relevé que les montants bruts avancés par les deux parties étaient très proches pour l'année 2009 et proches pour l'année 2010. S'agissant du « P&L net » de J.\_\_\_\_\_, V.\_\_\_\_\_ SA avançait un montant de 1'675'840 fr. pour 2009 et de 1'371'424 fr. pour 2010. L'expert a encore précisé que les directives reçues par J.\_\_\_\_\_ et fixant le cadre des opérations d'achats à court terme étaient des instructions données oralement, généralement par la personne en charge des calculs au sein de V.\_\_\_\_\_ SA.

Invité par l'expert à se prononcer sur le rapport complémentaire, F.\_\_\_\_\_ a notamment relevé que la prise en compte dans le calcul du « P&L net » des pertes par rapport au prix « month ahead » reviendrait à pousser l'acheteur court terme à renoncer à un prix supérieur au « month ahead », quand bien même un tel achat pourrait finalement se révéler profitable pour V.\_\_\_\_\_ SA car il demeurerait inférieur au prix des contrats à long terme.

### **En droit :**

**1.** Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable contre les décisions finales de première instance pour autant que la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, soit de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC [Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 ; RS 272]). L'appel, écrit et motivé, doit être introduit dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC).

En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions supérieures à 10'000 fr., l'appel est recevable.

### **2.**

**2.1** L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir librement la constatation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les références).

**2.2** En appel, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise, ces deux conditions étant cumulatives (art. 317 al. 1 CPC).

En l'espèce, les pièces produites par l'appelante à l'appui de son appel figurent toutes déjà au dossier de première instance et sont donc recevables.

### **3.**

**3.1** L'appelante se plaint d'une constatation inexacte des faits s'agissant de son prétendu désintérêt pour le salaire variable lors des pourparlers antérieurs à la signature du contrat de travail, du prétendu défaut d'interpellation par elle-même de son employeuse en 2009 s'agissant du salaire variable et du contenu de la discussion entre elle-même et F. \_\_\_\_\_ le 14 (recte : 3) décembre 2009.

L'intimée conteste que les premiers juges aient constaté les faits de façon inexacte sur ces points. Elle estime pour le surplus que les faits tels qu'allégués par l'appelante sont de toute façon sans incidence sur le sort de la cause.

**3.2** S'agissant du premier élément de fait critiqué, soit le prétendu désintérêt de l'appelante pour le salaire variable lors des pourparlers antérieurs à la conclusion du contrat de travail, la critique est fondée. A cet égard, l'état de fait du jugement entrepris se révèle contradictoire, puisqu'il est retenu en page 7 que lors du troisième entretien d'embauche du 2 juillet 2008, « les parties ont discuté d'un salaire variable », l'intimée ayant précisé à l'appelante que lorsque la cellule court terme serait montée et qu'une base de calcul serait disponible, une part variable serait ajoutée au salaire fixe, tandis qu'en page 9, il est noté que « durant toutes les discussions qui ont précédé la conclusion du contrat, la demanderesse n'a pas accordé d'importance à la part variable du salaire et n'a posé

aucune question à ce sujet ». Il est en outre précisé à la page 10 qu'aucun collaborateur de l'intimée ne bénéficiait alors d'un salaire variable, de sorte que l'appelante aurait été la seule à en bénéficier. Si l'appelante était la seule collaboratrice à potentiellement bénéficier d'un salaire variable et que l'intimée a pris la peine, lors du troisième entretien, de préciser les modalités de son versement, c'est bien que la question a été discutée et que l'appelante a manifesté un certain intérêt pour cette thématique. L'état de fait du présent arrêt a donc été modifié en ce sens.

S'agissant des deux autres éléments de faits critiqués par l'appelante, soit le défaut d'interpellation en 2009 et le contenu de la discussion avec F. \_\_\_\_\_ du 3 décembre 2009, ces éléments ne sont pas de nature à influencer sur le sort de la cause, comme on le verra plus bas (cf. consid. 4.4 *infra*), de sorte qu'il n'y a pas lieu de s'y attarder plus avant à ce stade.

#### **4.**

**4.1** En droit, l'appelante invoque une violation des art. 1, 2, 319, 320, 322 et 322a CO. Se fondant sur les art. 320 al. 2 et 322 al. 1 CO, elle soutient qu'en matière de contrat de travail, un accord sur le montant du salaire ne constituerait pas un point essentiel pour admettre la conclusion d'un contrat. Ce principe vaudrait *mutatis mutandis* s'agissant d'une rémunération variable faisant partie intégrante du salaire. En l'espèce, dès lors que les parties seraient convenues au ch. 4.2 du contrat du versement d'un salaire variable « lorsque le développement des affaires à court terme permettrait de l'envisager », les premiers juges auraient dû suppléer à l'aspect lacunaire du contrat s'agissant du mode de calcul de la rémunération variable et fixer le salaire variable dû, en appliquant le cas échéant l'art. 2 al. 2 CO.

L'intimée reproche à l'appelante de confondre l'art. 320 al. 2 CO, relatif à la formation du contrat de travail, avec l'art. 322 al. 1 CO. Selon elle, l'art. 320 al. 2 CO ne protégerait l'employé que lorsque l'employeur contesterait l'existence même d'un contrat de travail et le

droit à la rémunération, ce qui ne serait pas le cas ici. Quant à l'art. 322 al. 1 CO, il permettrait de compléter un contrat de travail lorsqu'aucun montant n'aurait été arrêté par les parties à titre de salaire. En l'espèce, les parties se seraient entendues sur le montant de la rémunération fixe, de sorte que l'art. 322 al. 1 CO ne serait pas applicable. Une part variable n'aurait quant à elle pas été convenue, le ch. 4.2. du contrat de travail, rédigé au futur, réservant l'accord ultérieur des parties. Le versement d'un salaire variable aurait donc été soumis à condition. En présence d'une clause claire et intelligible, il n'y aurait pas lieu de recourir à l'art. 322 al. 1 CO pour compléter le contrat de travail et c'est à juste titre que les premiers juges auraient qualifié la clause précitée de convention préalable.

**4.2** Un contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté (art. 1 al. 1 CO). Cette manifestation peut être expresse ou tacite (art. 1 al. 2 CO). Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés (art. 2 al. 1 CO). A défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire (art. 2 al. 2 CO). L'accord des parties doit donc porter sur les éléments objectivement essentiels du contrat, c'est-à-dire ceux qui doivent être fixés pour que l'on se trouve en présence d'un accord homogène et autonome ; à défaut, un tel accord est inexistant, et le juge ne peut y suppléer (Tercier/Pichonnaz, Le droit des obligations, 5<sup>e</sup> éd., 2012, nn. 570 ss, et les réf. cit.).

**4.3** Un contrat de travail est réputé conclu lorsque l'employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire (art. 320 al. 2 CO).

La détermination du salaire ne constitue pas un des éléments nécessaires à la conclusion du contrat de travail. Même si le salaire constitue un élément essentiel du contrat, l'absence d'accord de volonté à son sujet n'empêche pas la conclusion du contrat dès l'instant où un travail devant usuellement être rémunéré est fourni (TF 4A\_380/2011 du 5

mars 2012 consid. 5.1.2 ; Streiff/Von Kaenel, *Arbeitsvertrag*, 7<sup>e</sup> éd., 2012, n. 2 ad art. 320 CO ; Witzig, *Le renouveau des rémunérations variables*, 2015, p. 327 ; Wyler/Heinzer, *Droit du travail*, 3<sup>e</sup> éd., 2014, p. 135). Le droit du travail institue ainsi une exception au principe de l'art. 1 CO, en reconnaissant la figure du contrat de fait, dont l'existence ne dépend pas de la volonté des parties, mais de la situation objective dans laquelle elles se trouvent (Aubert, *Commentaire romand CO I*, 2<sup>e</sup> éd., 2012, n. 8 ad art. 320 CO). Lorsque l'employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire, l'art. 320 al. 2 CO institue une présomption selon laquelle un contrat de travail a été conclu – avec l'obligation pour l'employeur de verser un salaire –, peu importe qu'un accord sur le montant du salaire soit effectivement venu à chef (Portmann/Rudolph, *Basler Kommentar OR I*, 6<sup>e</sup> éd., 2015, n. 19 ad art. 320 CO) A cet égard, seules sont déterminantes les circonstances objectives, et non la volonté réelle des parties ou celle qu'on doit leur imputer en vertu du principe de la confiance (Streiff/Von Kaenel, *op. cit.*, n. 6 ad art. 320 CO). L'art. 320 al. 2 CO, de droit impératif, vise à protéger le travailleur, en ne subordonnant pas le droit au salaire de celui-ci à la preuve de la conclusion d'un contrat (Portmann/Rudolph, *op. cit.* n. 19 ad art. 320 CO). Le silence du travailleur ou le fait que des négociations soient encore en cours ne sauraient le priver de son droit au salaire, si c'est principalement en vue d'obtenir un salaire qu'il a effectué sa prestation (Streiff/Von Kaenel, *op. cit.*, n. 6 ad art. 320 CO). Ce principe vaut non seulement en présence d'un salaire fixe, mais également d'un salaire variable (cf. TF 4A\_380/2011 du 5 mars 2012 consid. 5.1.2 précité, où il était question d'un « carried interest », soit d'un montant variable versé au travailleur en fonction de sa performance).

**4.4** En l'espèce, comme l'ont relevé les premiers juges (cf. jugement p. 43), il n'est pas litigieux que le montant variable visé au ch. 4.2 du contrat de travail constituait un élément du salaire, et non une gratification.

Les premiers juges ont considéré sur la base des principes généraux exposés au considérant 4.2 ci-dessus (art. 1 ss CO) que les parties s'étaient entendues lors de la conclusion du contrat sur le principe d'une rémunération variable dans le futur mais qu'aucun accord n'était intervenu s'agissant des bases de calcul de la rémunération variable. En l'absence d'accord sur les éléments objectivement essentiels de la rémunération variable, aucun contrat n'était venu à chef. Le juge ne pouvant y suppléer, la prétention de la travailleuse en paiement du salaire variable devait être rejetée.

Le raisonnement des premiers juges, correct sous l'angle des principes généraux (art. 1 ss CO), ne convainc pas sous l'angle de l'art. 320 al. 2 CO. On l'a vu (cf. consid. 4.3 *supra*), dans le cadre du contrat de travail, l'absence d'accord sur le montant du salaire, qu'il soit fixe ou variable, n'empêche pas la conclusion du contrat. L'art. 320 al. 2 CO institue une présomption de fait en faveur de la conclusion d'un contrat dans le cadre de laquelle la volonté réelle voire le principe de la confiance ne jouent pas de rôle. Seules les circonstances objectives sont déterminantes. Si l'employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire, alors un salaire est dû. En l'espèce, étant donné que les parties admettent qu'elles ont voulu par le ch. 4.2 du contrat de travail accorder un salaire variable à l'appelante en tant qu'élément du salaire « lorsque le développement des affaires court terme permettrait de l'envisager », le fait que les parties n'aient pas pu par la suite s'entendre sur les bases de calcul de ce salaire variable ne saurait faire obstacle au droit de l'appelante à se voir allouer un tel salaire. Il a été retenu en fait qu'antérieurement à la conclusion du contrat, la thématique du salaire variable a été abordée par les parties. La prestation de travail de l'appelante visait principalement à l'obtention d'un salaire, aussi bien fixe que variable. Dès lors, sur le principe, le droit de l'appelante au versement d'un salaire variable dès le moment où le développement des affaires court terme permettait de l'envisager est acquis et le grief se révèle bien fondé.

Ce principe étant acquis, il n'est pas nécessaire de déterminer en fait si, postérieurement à la conclusion du contrat, l'appelante a interpellé l'intimée au sujet du salaire variable courant 2009, voire de déterminer le contenu précis de l'entretien de qualification du 3 décembre 2009.

Autre est la question de savoir si et à partir de quand la condition du « développement suffisant des affaires court terme » était remplie et, dans l'affirmative, quelle était la quotité du salaire variable dû. Il convient désormais de traiter successivement ces deux thématiques.

## 5.

**5.1** S'agissant de la condition du « développement suffisant des affaires court terme », l'appelante soutient qu'un salaire variable était dû dès le début de l'année 2009. A ce moment, la cellule court terme dont elle était responsable aurait déjà été rentable. Citant l'expert O.\_\_\_\_\_, elle expose avoir amplement rempli la condition du développement des affaires court terme, la cellule en question ayant généré dès 2009 des revenus allant au-delà des attentes et elle-même l'ayant mise en place de façon extrêmement rapide. L'expert V.\_\_\_\_\_ aurait également admis que l'activité de l'appelante aurait permis un développement considérable des affaires court terme. L'appelante se prévaut encore du principe *in dubio contra stipulatorem* et du fait qu'elle aurait interpellé l'intimée à plusieurs reprises en 2009 s'agissant de son salaire variable.

L'intimée soutient que le développement des affaires court terme n'était pas la seule et unique condition ouvrant le droit de l'appelante à un salaire variable, mais ne constituait que le *dies a quo* d'éventuelles négociations en vue de la conclusion d'un accord à ce sujet. Les éléments résultant des expertises, trop éloignés temporellement, seraient dénués de pertinence. Pour le surplus, de nombreux points plaideraient en défaveur d'un salaire variable dès le début des rapports de travail : l'appelante aurait touché de son employeur précédent un salaire similaire au salaire fixe perçu auprès de l'intimée ; elle n'aurait jamais

exercé comme trader et n'aurait pas cherché à occuper un tel poste, souhaitant plutôt trouver un emploi lui permettant de concilier vie privée et vie professionnelle et de consacrer plus de temps à son enfant ; l'appelante aurait été consciente que l'intimée n'était pas une société anonyme classique mais une société détenue majoritairement par des collectivités publiques ; aucun autre collaborateur de l'intimée n'aurait bénéficié d'un salaire variable ; l'appelante aurait par la suite réduit son taux d'activité à 90 % sans que l'impact sur le prétendu salaire variable soit abordé.

**5.2** Dans ses écritures, l'intimée a reconnu sur le principe le droit de l'appelante à un salaire variable pour l'année 2010. L'allégué 35 de la demande, selon lequel « pour l'année 2010, la défenderesse ne s'est pas opposée, sur le principe, au versement d'un salaire variable à la demanderesse », a en effet été admis par l'intimée dans sa réponse. Ainsi, pour l'année 2010, l'appelante a droit à un salaire variable.

Reste à déterminer s'il en va de même pour l'année 2009. Cela revient à se demander si, en 2009, la cellule court terme était déjà suffisamment développée pour ouvrir le droit de l'appelante à un salaire variable. A ce sujet, l'expert O.\_\_\_\_\_ a exposé que l'appelante avait dépassé de loin les attentes, avant même de suivre la totalité des formations proposées, et que la mise en place de la cellule court terme avait été très rapide, dépassant dès 2009 les résultats escomptés. O.\_\_\_\_\_ a toutefois tempéré son appréciation en expliquant que ces résultats avaient profité de conditions de marché très favorables. L'expert V.\_\_\_\_\_ a quant à lui rappelé que, par définition, l'activité à court terme, qui consistait à procéder à des achats sur les marchés à court terme à un prix inférieur au prix des contrats à long terme, ne pouvait que faire réaliser des économies à l'intimée, ce qui relativisait la portée des résultats atteints ; si l'appelante avait été la cheville ouvrière de la mise en place de cette cellule, permettant un développement considérable des affaires, les marges réalisées devaient être portées au crédit des décisions stratégiques prises par la direction de l'intimée et étaient intervenues dans un contexte de marché favorable de baisse des prix.

Sous l'angle chronologique, il faut relever qu'avant la conclusion du contrat de travail, lors du troisième entretien d'embauche du 2 juillet 2008, au cours duquel la question du salaire variable a été évoquée, l'intimée a estimé à une année environ le délai d'attente pour que les objectifs fixés soient atteints. L'appelante a répondu que cette proposition faisait du sens. L'appelante a effectué son premier jour de travail le 3 novembre 2008. Le formulaire de l'entretien d'appréciation du 3 décembre 2009 indiquait qu'après 13 mois de travail, l'appelante avait bien pris en main les achats à court terme et les contrats EFET. A titre d'objectifs, l'appelante était notamment invitée à poursuivre le développement de la cellule court terme. Lors de la discussion du 1<sup>er</sup> mars 2010, X. \_\_\_\_\_ ne s'est sur le principe pas opposé au versement d'un salaire variable mais a exposé que selon sa compréhension, celui-ci ne serait versé que dès l'année 2010.

Compte tenu de tous les éléments qui précèdent, l'appelante échoue à établir que la condition du développement suffisant des affaires court terme était remplie dès l'année 2009, soit deux mois seulement après son entrée en fonction le 3 novembre 2008. Bien plus, il est établi, compte tenu des considérations des deux experts, du troisième entretien d'embauche du 2 juillet 2008, de l'entretien d'appréciation du 3 décembre 2009 et de la discussion du 1<sup>er</sup> mars 2010 à laquelle X. \_\_\_\_\_ a participé, que c'est à partir de l'année 2010, après un peu plus d'un an d'activité, que l'appelante avait « bien pris en main » la cellule et qu'elle pouvait désormais prétendre à un salaire variable. Le salaire variable est donc dû à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2010.

Par surabondance, on peut ajouter que l'appelante a bénéficié de nombreuses formations en 2009 – sur les huit formations financées au total, six ont eu lieu en 2009, contre une seule en 2010 – et qu'elle a reçu pour cette année-là de la part de l'intimée une gratification de 8'000 fr., ce qui rend douteux qu'un salaire variable soit encore dû pour cette année.

## 6.

**6.1** Reste à calculer la quotité du salaire variable dû pour l'année 2010. Pour mesurer sa performance, l'appelante estime que les parties seraient tombées d'accord sur la méthode dite « de la valeur de remplacement », consistant à comparer sa propre performance à l'alternative des achats effectués par l'intimée si l'appelante n'était pas présente pour effectuer des achats spots. Selon l'appelante, cette valeur de comparaison correspondrait au « P&L net », soit à la performance personnelle des achats spots par rapport à l'alternative des achats mensuels. L'appelante expose que selon les chiffres provenant des états financiers de l'intimée, son propre « P&L net » s'élèverait à 1'371'424 fr. pour l'année 2010. S'agissant du pourcentage du « P&L » à retenir à titre de salaire variable, l'appelante, après avoir mentionné les 7.5 à 10 % évoqués par l'expert O. \_\_\_\_\_ et les 10 à 20 % évoqués par l'expert V. \_\_\_\_\_, estime qu'un pourcentage compris entre 10 et 20 % est admissible, compte tenu de son activité de trading. Procédant ensuite à un calcul sur la base des montants figurant dans les états financiers de l'intimée et de l'expert V. \_\_\_\_\_, elle estime que le montant réclamé de 205'209 fr. pour l'année 2010 constituerait une moyenne tout à fait acceptable, par ailleurs inférieure aux résultats obtenus par le biais des expertises.

L'intimée conteste que la méthode de la valeur de remplacement ait été admise par les parties, ce que l'expert V. \_\_\_\_\_ aurait relevé. L'expert O. \_\_\_\_\_ ne se serait pas prononcé sur l'acceptabilité de cette méthode, mais aurait affirmé que celle-ci ne semblait se prêter qu'à du « pure prop trading ». De plus les conclusions de cet expert devraient être considérées avec beaucoup de retenue, un contrôle n'étant pas possible. L'intimée juge les bases de calcul avancées par l'appelante, se fondant sur un pourcentage de 10 et 20 % du « P&L » net, complètement infondées. Elle cite à cet égard les critiques émises par l'expert V. \_\_\_\_\_. Elle rappelle aussi que l'expert O. \_\_\_\_\_ a indiqué que les montants réclamés étaient beaucoup trop élevés en termes de prise de risque. De plus, les importantes marges n'auraient pas été réalisées grâce à l'appelante, mais grâce aux décisions stratégiques de la

direction. L'intimée se réfère enfin aux principes de rémunération variable adoptés par l'intimée, qui prévoient un plafonnement à 2,5 % des gains définis et à un maximum de 15 % du revenu annuel.

**6.2** Selon l'art. 322 al. 1 CO, l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type ou par une convention collective. Aux termes de l'art. 322a al. 1 CO, si, en vertu du contrat, le travailleur a droit à une part du bénéfice ou du chiffre d'affaires ou participe d'une autre manière au résultat de l'exploitation, cette part est calculée sur la base du résultat de l'exercice annuel, déterminé conformément aux prescriptions légales et aux principes commerciaux généralement reconnus.

Lorsque il est amené à compléter un contrat lacunaire, le juge se doit, en l'absence de règles dispositives, de déterminer ce que les parties auraient raisonnablement et de bonne foi convenu si elles avaient envisagé le cas non réglé, en s'inspirant de l'économie et du but du contrat (ATF 133 III 421 consid. 4.1 et les réf. cit. ; TF 4A\_696/2015 du 25 juillet 2016 consid. 6.2.1 ; TF 4A\_380/2011 du 5 mars 2012 consid. 4.3).

**6.3** A titre préalable, il faut relever que l'application de l'art. 322a al. 1 CO, qui constitue une règle de droit dispositif (cf. art. 361 al. 1 CO *a contrario*), ne s'avère pas adéquate dans le cas d'espèce, puisque le salaire variable de l'appelante, dont les parties n'ont pas pu s'entendre sur les modalités, devait être calculé en fonction de sa propre performance, et non du résultat de la société intimée dans son ensemble. Il convient donc de procéder au complètement du contrat de travail conformément aux principes jurisprudentiels cités plus haut, soit de déterminer ce que les parties auraient raisonnablement convenu si elles s'étaient entendues sur le mode de calcul du salaire variable, en s'inspirant de l'économie et du but du contrat.

Dans leurs écritures d'appel, les parties s'opposent sur la manière de mesurer la performance personnelle de l'appelante. Se pose à cet égard la question de la définition du « P&L net ». A l'allégué 57 de sa

demande, l'appelante a défini le « P&L net » comme la performance des achats « spot » - ou au comptant - par rapport à l'alternative de l'intimée d'effectuer des achats mensuels. Cet allégué a été contesté par l'intimée. Mais aux allégués 54, 55 et 56 de la demande, l'appelante a défini la « valeur de remplacement » dans les termes suivants : « ce principe consiste à comparer la performance de l'appelante à l'alternative de l'intimée d'effectuer des achats mensuels si l'appelante n'était pas présente pour effectuer des achats spots ». Cet allégué a été admis par l'intimée dans sa réponse. Or cette définition se recoupe matériellement avec la définition du « P&L net » mentionnée plus haut. L'expert O.\_\_\_\_\_, en confirmant les chiffres du « P&L net » réalisé par l'appelante, a implicitement admis que cette notion recouvrait la performance de cette dernière, sans toutefois se prononcer explicitement sur la question. Quant à l'expert V.\_\_\_\_\_, il a émis des critiques sur cette notion, estimant qu'en reprenant les chiffres avancés et en y incluant également les mois pour lesquels la performance « spot » de l'appelante était désavantageuse par rapport au prix « month ahead », la performance de l'appelante était même négative. Les critiques de l'expert ne sont pas convaincantes. D'une part, ce même expert a lui-même admis que dans les relations entre l'appelante et F.\_\_\_\_\_, directeur de l'intimée, ce terme était utilisé pour désigner l'écart entre les achats à court terme et l'alternative d'un achat basé sur un contrat à long terme. D'autre part, F.\_\_\_\_\_ - à qui l'on ne peut pas reprocher de prendre fait et cause pour l'appelante - a lui-même critiqué le calcul de l'expert consistant à également prendre en compte les mois où la performance « spot » était inférieure au prix « month ahead », relevant que procéder ainsi reviendrait à pousser l'acheteur court terme à renoncer à un prix supérieur au « month ahead », quand bien même un tel achat pourrait finalement se révéler profitable car inférieur au prix des contrats long terme. Enfin, on constate que c'est exactement cette notion qui est utilisée dans les « principes de rémunération » adoptés par l'intimée le 10 mars 2010 et mentionnés par l'intimée à l'appui de sa réponse sur appel, ceux-ci prévoyant de mesurer la performance de l'acheteur court terme en additionnant les gains résultant de la comparaison entre le prix « month

ahead » et les opérations « spot » et en en déduisant les opérations désavantageuses par rapport au prix des contrats long terme.

La performance de l'appelante doit donc être mesurée à l'aune du « P&L net » réalisé, défini comme la différence des achats « spot » effectués par celle-ci par rapport à l'alternative pour l'intimée d'effectuer des achats mensuels.

A titre de « P&L net », l'appelante a avancé pour 2010 le chiffre de 1'026'045 fr. (allégué 60 de la demande, contesté par intimée), en se référant à un tableau établi par ses soins. Ce chiffre a été confirmé par l'expert O.\_\_\_\_\_. L'expert V.\_\_\_\_\_ a estimé que ce chiffre ne reflétait pas la performance de l'appelante, sans se prononcer sur la question de savoir s'il correspondait effectivement à la différence des achats « spots » effectués par l'appelante par rapport à l'alternative pour l'intimée d'effectuer des achats mensuels. Dans son complément d'expertise, V.\_\_\_\_\_ a indiqué, sans se référer à une pièce, que l'intimée avait avancé un chiffre supérieur à titre de « P&L net » de l'appelante pour l'année 2010, à hauteur de 1'371'424 francs. Force est de constater que seule l'appelante a allégué un montant en procédure, que ce chiffre a été confirmé par l'un des experts, et qu'il est par ailleurs inférieur à celui prétendument avancé par l'intimée, qui n'en a formellement pas allégué en procédure, de sorte qu'il convient de s'en tenir aux 1'026'045 fr. avancés par l'appelante elle-même. Le « P&L net » de l'appelante pour l'année 2010 s'élève donc à 1'026'045 francs.

**6.4** Se pose enfin la question du pourcentage du « P&L net » ainsi défini à attribuer à l'appelante à titre de salaire variable pour l'année 2010.

A ce propos, il faut relever les éléments suivants : l'expert O.\_\_\_\_\_ a exposé que la somme de 523'438 fr. 40 réclamée par l'appelante pour les années 2009 et 2010 était beaucoup trop élevée, l'intimée n'étant pas une société de trading pur et l'activité de l'appelante ne pouvant pas être comparée avec celle d'un trader actif dans la finance,

qui pouvait escompter un salaire variable de l'ordre de 10 à 20 % des profits réalisés. L'activité de l'appelante était plutôt assimilable à celle d'un trader de gaz naturel, dont la rétribution variable était comprise entre 5 et 10 % des profits réalisés. La performance de l'appelante dépassant les attentes, il convenait de lui attribuer un salaire variable de l'ordre de 7.5 à 10 % du « P&L net », soit, en reprenant les chiffres avancés par l'appelante, un montant compris entre 76'953 fr. 40 et 102'604 fr. 50 pour l'année 2010.

L'expert V.\_\_\_\_\_ a quant à lui rappelé que l'appelante agissait dans le cadre précis des limites fixées par la direction et que les économies réalisées résultaient en premier lieu des décisions prises par celle-ci, dans un contexte de marché très favorable. Il a toutefois admis que l'appelante avait été la « cheville ouvrière » du développement de la cellule court terme, sa performance résidant essentiellement dans l'augmentation du volume des opérations d'achat. V.\_\_\_\_\_ a lui aussi exposé que l'activité de l'appelante n'était pas assimilable à du trading sur les marchés financier, qui impliquait tant des opérations d'achat que de vente et des risques importants. Selon lui, une comparaison plus pertinente pouvait être faite avec les compagnies d'électricité, qui avaient elles aussi développé une activité de trading d'achat. Dans ce cadre, un responsable d'unité pouvait prétendre à un salaire variable correspondant à 40 à 50 % de son salaire fixe.

Compte tenu de tous les éléments qui précèdent, le montant rétribuant correctement la performance de l'appelante doit se situer à la limite inférieure de la fourchette proposée par l'expert O.\_\_\_\_\_, soit à 7,5 % du « P&L net » de l'année 2010. Ce montant prend en compte le fait que l'appelante, qui travaillait pour une société détenue en majorité par des collectivités publiques, n'effectuait pas du trading pur, son activité d'achat uniquement dans un contexte favorable de marché n'impliquant pas les mêmes risques et intervenant dans le cadre des directives orales qui lui étaient communiquées chaque matin. Il prend toutefois également en considération le fait que l'appelante a été la « cheville ouvrière » du développement de la cellule court terme, et qu'elle a, par le nombre et le

volume des achats spots effectués et par la négociation de nouveaux contrats à court terme, permis à l'intimée de réaliser des économies considérables par rapport à l'alternative de cette dernière d'effectuer des achats « month ahead », soit 1'591'470 fr. en 2009 et 1'026'045 fr. en 2010. Le 7,5 % de 1'026'045 fr. (« P&L net » de l'appelante pour 2010 défini au considérant 6.3 plus haut) correspond à 76'953 fr. 40.

A noter que ce montant rejoint dans son résultat l'appréciation de l'expert V.\_\_\_\_\_, selon lequel dans le domaine comparable de l'électricité, un trader d'achat responsable d'unité pouvait se voir allouer un salaire variable correspondant à 40 à 50 % de son salaire fixe. En effet, l'appelante était la responsable de la cellule court terme auprès de l'intimée et le salaire variable calculé de 76'953 fr. 40 représente le 43 % de son salaire fixe de 178'295 fr. pour l'année 2010, selon courrier de l'intimée du 14 décembre 2009.

Le salaire variable dû à l'appelante pour l'année 2010 s'élève donc au montant brut de 76'953 fr. 40, sous déduction des cotisations légales. L'intérêt à 5 % l'an court à compter du 30 septembre 2010, date de la fin des rapports de travail (art. 102 al. 2 et 339 al. 1 CO).

**7.** Il découle des considérants qui précèdent que l'appel doit être partiellement admis. Le jugement entrepris doit être réformé en ce sens que l'intimée doit payer à l'appelante la somme de 76'953 fr. 40, sous déduction des cotisations légales, avec intérêt à 5 % l'an dès le 30 septembre 2010, les conclusions de l'appelante selon demande du 22 décembre 2010 étant rejetées pour le surplus. L'appelante, qui concluait au versement d'un montant de 523'438 fr. 40, obtient gain de cause sur le principe mais ne se voit allouer que le 14.7 % de ses conclusions chiffrées. Le coupon de justice de celle-ci s'élevait en première instance à 16'641 fr. 80 et les honoraires de son avocat ont été estimés à 31'500 fr., débours compris. Au vu de l'issue du litige, l'appelante a droit, conformément aux art. 91 et 92 al. 2 CPC-VD, à des dépens réduits de quatre cinquièmes, arrêtés au montant de 9'628 fr. 35, soit 3'328 fr. 35 en

remboursement d'un cinquième de son coupon de justice et 6'300 fr. en remboursement d'un cinquième de ses frais d'avocat.

A cet égard, et quoi qu'en dise l'appelante dans son grief subsidiaire, le montant de 30'000 fr. d'honoraires par partie arrêté par les premiers juges ne prête pas le flanc à la critique. Ce montant a été calculé conformément aux art. 2 al. 1, 3 al. 1 et 4 al. 1 2<sup>e</sup> tiret TAv (Tarif des honoraires d'avocat dus à titre de dépens du 17 juin 1986 dans sa version au 31 décembre 2010). Il prend adéquatement en compte le fait que la valeur litigieuse était supérieure à 500'000 fr. et que la procédure de première instance, complexe et technique, a duré plus de cinq ans. Le grief subsidiaire relatif aux dépens soulevé par l'appelante doit donc être rejeté.

Au vu de l'issue de l'appel, les frais de deuxième instance, qui comprennent les frais judiciaires et les dépens (art. 95 al. 1 CPC), seront répartis à raison de quatre cinquièmes pour l'appelante et d'un cinquième pour l'intimée. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 6'234 fr. (art. 62 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]), seront donc mis par 4'987 fr. 20 à la charge de l'appelante et par 1'246 fr. 80 à la charge de l'intimée, qui versera cette dernière somme à l'appelante à titre de remboursement partiel d'avance de frais de deuxième instance (art. 111 al. 2 CPC). Les dépens de deuxième instance sont estimés à 5'000 fr. par partie (art. 7 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; RSV 270.11.6]). Après compensation, l'appelante versera donc la somme de 3'000 fr. à l'intimée à titre de dépens de deuxième instance.

Par ces motifs,  
la Cour d'appel civile  
p r o n o n c e :

- I. L'appel est partiellement admis.

**II.** Le jugement est réformé comme il suit :

- I. La défenderesse V.\_\_\_\_\_ SA doit payer à la demanderesse J.\_\_\_\_\_ la somme de 76'953 fr. 40 (septante-six mille neuf cent cinquante-trois francs et quarante centimes), sous déduction des cotisations légales, avec intérêt à 5 % l'an dès le 30 septembre 2010.
- II. Les frais de justice sont arrêtés à 16'641 fr. 80 (seize mille six cent quarante et un francs et huitante centimes) pour la demanderesse et à 19'490 fr. 60 (dix-neuf mille quatre cent nonante francs et soixante centimes) pour la défenderesse.
- III. La défenderesse versera à la demanderesse le montant de 9'628 fr. 35 (neuf mille six cent vingt-huit francs et trente-cinq centimes) à titre de dépens.
- IV. Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées.

**III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 6'234 fr. (six mille deux cent trente-quatre francs), sont mis par 4'987 fr. 20 (quatre mille neuf cent huitante-sept francs et vingt centimes) à la charge de l'appelante J.\_\_\_\_\_ et par 1'246 fr. 80 (mille deux cent quarante-six francs et huitante centimes) à la charge de l'intimée V.\_\_\_\_\_ SA.

**IV.** L'intimée V.\_\_\_\_\_ SA doit verser à l'appelante J.\_\_\_\_\_ la somme de 1'246 fr. 80 (mille deux cent quarante-six francs et huitante centimes) à titre de restitution partielle d'avance de frais de deuxième instance.

**V.** L'appelante J.\_\_\_\_\_ doit verser à l'intimée V.\_\_\_\_\_ SA la somme de 3'000 fr. (trois mille francs) à titre de dépens de deuxième instance.

**VI. L'arrêt est exécutoire.**

Le président :

Le greffier :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Stéphanie Fuld (pour J. \_\_\_\_\_),
- Me François Logoz (pour V. \_\_\_\_\_ SA),

et communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Madame la Présidente de la Cour civile.

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), le cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :