

VD_FINDINFO Jug / 2016 / 170 vom 29. Januar 2016

VD Tribunal cantonal, 2016-01-29, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_Jug___2016___170

FR: VD_FINDINFO Jug / 2016 / 170 du 29 janvier 2016

IT: VD_FINDINFO Jug / 2016 / 170 del 29 gennaio 2016

Regeste

SALAIRE, GRATIFICATION, PROMESSE DE CONTRACTER,
INTERPRÉTATION{SENS GÉNÉRAL} | 1 CO, 18 CO, 2 CO, 22 CO, 319 CO, 322 CO,
322a CO, 322b CO, 322d CO, 323b CO

Erwägungen

E. 22

a) A la requête de la défenderesse, et compte tenu du fait que les experts s'étaient limités à confirmer un grand nombre d'allégués, sans aucun développement, une deuxième expertise a été confiée à Régis Künzli, du Centre d'étude de projets économiques SA, à Lausanne, qui a rendu son rapport le 8 septembre 2014. En préambule de son rapport, l'expert a expliqué avoir rédigé, après discussion avec les deux parties, les deux textes suivants exposant, l'un, l'approvisionnement gazier de la défenderesse, et l'autre, l'organisation des achats à court terme au sein de l'entreprise : Selon l'expert judiciaire, le rôle de la demanderesse était essentiellement centré sur des opérations d'achat de gaz sur le marché à court terme, dans le cadre des limites fixées par la Direction du négoce. Des opérations de vente ne pouvaient intervenir qu'à titre exceptionnel, lorsque le volume d'achat était trop élevé par rapport aux limites fixées. Les achats sur le marché à court terme étant réalisés à des prix nettement inférieurs aux prix des contrats à long terme, ils permettaient de réduire le coût moyen des achats, de sorte qu'il y avait une économie par rapport aux prix des contrats à long terme. Cette économie résultait toutefois des décisions de la Direction du négoce qui fixait les limites des achats à court terme. L'activité de la demanderesse, dans le contexte favorable du marché et de la stratégie de la défenderesse, a permis un développement considérable des affaires à court terme. Les achats sur le marché à court terme ont dégagé de grosses marges par rapport aux prix des achats à long terme. Ces marges ne doivent toutefois pas être portées au crédit de la demanderesse, en ce sens qu'elles résultent d'une part des décisions stratégiques de la direction de l'entreprise (décision de principe de procéder à des achats à court terme) et d'autre part des décisions tactiques de la Direction du négoce (décisions périodiques fixant les limites des achats à court terme). Le rôle de la demanderesse était d'opérer les achats à court terme dans le cadre des limites fixées par la Direction du négoce. Elle devait s'assurer que les prix à court terme étaient inférieurs à ceux des contrats à long terme. Etant donné que les prix du marché à court terme ont été beaucoup plus bas que ceux des contrats à long terme, cette condition a été remplie en permanence en 2009 et 2010. La baisse considérable des prix sur le marché à court terme en 2009 et 2010 n'avait pas été prévue en 2008 ; elle a permis le développement des affaires à court terme. La demanderesse a effectivement développé fortement les achats à court terme comme le montre le « trading book ». Dans les marchés financiers (devises, « equities », « bonds », « commodities », produits structurés, crédits, etc), les « traders » reçoivent une participation

sur les marges bénéficiaires obtenues dans les opérations d'achat et de vente réalisées dans le cadre (marchés, produits, volume) qui leur est assigné. Pour ses opérations, chaque « trader » dispose d'un certain volume financier et du réseau de relations financières établies par l'entreprise pour les contreparties des opérations. Les « traders » sont intégrés dans un système de « controlling » strict pour s'assurer que les opérations se déroulent dans le cadre défini. Dans les grandes banques et les banques privées en Suisse, certains « traders » obtiennent des rémunérations variables qui peuvent atteindre quelques centaines de milliers de francs. En pourcentage des gains réalisés pour l'entreprise, il s'agit généralement de nettement moins que 10%. La comparaison avec le « trading » dans les marchés financiers n'est toutefois pas adéquate pour les opérations d'achat de la défenderesse. Les « traders » financiers opèrent sur des marchés très structurés et réglementés. Dans le cadre de chaque journée, ils réalisent de multiples opérations d'achat et de vente, avec des contrats au comptant ou à terme, avec des couvertures en options « put » ou « call ». La complexité des opérations est considérablement plus élevée que pour les achats de gaz sur le marché à court terme. Et il s'agit surtout de marges réalisées sur des opérations d'achat et de vente. Une meilleure comparaison pourrait être faite avec les compagnies d'électricité. Depuis quelques années, ces compagnies ont développé une activité intensive de « trading » sur le marché de l'électricité, en réalisant de nombreuses opérations d'achat, pour couvrir leurs besoins (variables selon les périodes) et de vente de leurs surplus. Les contreparties sont d'autres compagnies, des producteurs et des distributeurs. Dans ce contexte, certaines compagnies suisses d'électricité ont développé ou développent des systèmes de rémunération variable. Les unités de « trading » comprennent généralement plusieurs personnes, avec un responsable de l'unité et quelques « traders » qui lui rapportent. La rémunération variable est basée sur les gains réalisés après déduction des pertes et des frais, avec un plafond en pourcentage de la rémunération fixe de base. Pour le responsable de l'unité, le plafond de rémunération variable est généralement de 40 à 50% de la rémunération fixe. Pour les « traders » rattachés au chef d'unité, le pourcentage se situe généralement entre 10 et 20%. Même si l'analogie avec les compagnies d'électricité est plus pertinente, elle ne joue toutefois pas complètement puisque le « trading » dans ces compagnies comprend des opérations d'achat et de vente, contrairement à la défenderesse où le « trading » ne porte que sur des opérations d'achat. L'appréciation de la performance de la défenderesse ne peut ainsi pas être faite comme pour des sociétés financières de « trading », ni même dans la perspective du « trading » d'électricité. Dans les systèmes mentionnés ci-dessus, les gains nets sont calculés après déduction des pertes et des frais. La marge entre les prix des achats à court terme et ceux des contrats à long terme ne peut pas être considérée comme la performance de l'acheteur, ce que la demanderesse a admis devant l'expert judiciaire. Grâce au développement spectaculaire du marché à court terme à partir de 2009 et à l'écart important entre les prix sur ce marché et ceux des contrats à long terme, grâce aussi à la décision stratégique d'opérer autant que possible sur le marché à court terme, la défenderesse a pu réaliser des économies considérables. Dans cette perspective, la demanderesse a été la cheville ouvrière de la politique d'achat à court terme où elle a réalisé une bonne performance dans le rôle qui lui était confié. Sa bonne performance a consisté à avoir développé les opérations d'achat sur le marché à court terme, dans le cadre des directives reçues et des moyens mis à disposition. La marge réalisée entre les achats à court terme et à long terme n'est en revanche pas significative pour apprécier la performance de la demanderesse. Les activités de la demanderesse étaient essentiellement des opérations d'achat. Elles ne correspondent pas à la notion générale de « trading ».

incluant des opérations d'achat et de vente. Les opérations de vente de la demanderesse avaient un caractère exceptionnel, essentiellement dans le but de corriger de rares achats excessifs. La méthode dite « valeur de remplacement » pour le calcul du salaire variable envisage la performance dans la perspective des écarts entre les prix des achats « spot » et les prix d'un contrat « month ahead ». Le prix « spot » est le prix effectif des achats court terme effectués au jour le jour et le prix « month ahead », celui du mois précédent. Le prix « spot » est comparé à la dernière cotation du prix « month ahead » publié par Platts du mois précédent. Selon l'expert, il y a eu six mois en 2009 où les prix ont été supérieurs et six mois où ils ont été inférieurs au prix « month ahead ». En 2010, il y a eu huit mois où les prix « spot » étaient supérieurs et quatre mois où ils ont été inférieurs au prix « month ahead ». A dire d'expert, il ne s'agit toutefois pas d'un critère pour apprécier la performance de l'acheteur, dans la mesure où la décision de procéder à des achats « spot » relève d'une décision stratégique et tactique de la Direction du négoce et que, dans ce cadre, le rôle de l'acheteur consiste à procéder à des achats « spot » au mieux dans les limites de volume qui lui sont imposées et en développant au mieux les contreparties nécessaires. Il n'y avait, à l'époque en tout cas, pas d'encadrement préalable de l'acheteur pour apprécier les prix « spot » réalisés par rapport aux prix « month ahead ». Pour l'expert, la performance de l'acheteur semble être essentiellement le volume important des achats « spot », soit des volumes de l'ordre de 200'000 et quelques pointes beaucoup plus élevées, dans le cadre des contraintes fixées par la direction et sans références à une marge par rapport aux prix « month ahead ». A dire d'expert, cette méthode dite « valeur de remplacement » n'est pas justifiée pour déterminer la performance de l'acheteur. Quant aux montants de P&L net et aux taux de P&L net allégués par la demanderesse, ils n'indiquent ni ne se rapportent à sa performance. Sur la base des pièces au dossier, l'expert a indiqué que le coût des cours et séminaires financés par la défenderesse s'est élevé à 29'058 fr. 85 en 2008 et 2009, ainsi qu'à 15'427 fr. 78 en 2010. L'expert a confirmé que la rémunération variable de la demanderesse ne peut être fondée sur des marges de bénéfices ou d'économies, comme cela serait le cas pour une activité de « trading » achats et ventes, avec des résultats des ventes moins les achats. Il a également confirmé que la défenderesse avait aussi des actionnaires privés jusqu'à la fin de l'année 2010 et que, dans les sociétés de « trading », les rémunérations comprennent généralement une part de salaire variable, les modes de calcul de celui-ci étant eux aussi variables (mensuels, semestriels, annuels, versés en fin d'exercice annuel ou après la clôture des comptes). Finalement, il a constaté que les opérations de « time swap » étaient exceptionnelles chez la défenderesse, puisqu'il n'y en a eu qu'une dans la période 2009-2010, soit le 29 juin 2009. Les achats à court terme n'étaient pas marginaux, puisqu'ils pouvaient représenter jusqu'à 20% de l'ensemble des achats. La demanderesse a contribué au fort développement des achats à court terme, ceci dans un contexte très favorable du marché dans les premiers mois de l'année 2009. Les prix moyens, de l'ordre de 25 euros au mois de janvier 2009 sont tombés à moins de 14 euros au mois de mars 2009 et jusqu'à moins de 9 euros au mois de juillet 2009. Les volumes d'achats, qui étaient de moins de 30'000 au mois de janvier 2009, sont passés à plus de 250'000 au mois de mars 2009. b) Le 31 mars 2015, l'expert judiciaire Künzli a déposé un rapport complémentaire dont il ressort notamment ce qui suit : « (...) Question : Le montant des économies réalisées par R. _____ par rapport aux contrats à long terme dépendait-il concrètement du nombre d'achats effectués par Mme O. _____ ? Réponse : Les économies réalisées ne dépendaient pas du nombre d'achats effectués, mais du volume de ces achats. Commentaire : La notion d'économie et les rôles joués par différents

intervenants doivent être clarifiés d'emblée, car ils sont au cœur de cette expertise complémentaire. Tout d'abord la notion d'économie. R._____ conclut des contrats à long terme pour garantir à 100% les fournitures de gaz qu'elle devra assurer. Le fournisseur s'engage à fournir le 100% sur demande de R._____. De son côté, R._____ s'engage à demander au moins le 75% du volume maximum contracté. Pour le 25%, R._____ est libre d'acheter sur le marché à court terme, où les prix étaient nettement inférieurs en 2009 et 2010. En achetant à court terme, R._____ obtient des livraisons meilleur marché, ce qui lui permet d'abaisser le coût moyen de ses achats. La notion d'économie par rapport aux prix à long terme peut véhiculer une idée fautive. La relation avec le prix à long terme est purement virtuelle. R._____ avait toute liberté de procéder à des achats à court terme dans les limites fixées contractuellement. Il s'agissait bien de réaliser un abaissement du coût moyen des achats plutôt que d'économie. Ensuite les rôles des intervenants : la Direction des achats, l'analyste qui calcule la marge de manœuvre et l'acheteur qui procède aux achats. Comme pour toutes les opérations réalisées dans une entreprise, le rôle essentiel est joué par la Direction, qui définit les orientations politiques et stratégiques. Un rôle important, mais secondaire est joué par l'analyste. De même, le rôle de l'acheteur est important, mais secondaire. Il intervient en tant que bras exécutant de la Direction. Ce point peut être repris dans la perspective de la responsabilité. Cette question a été tranchée clairement par les instances judiciaires. En cas de conflit, c'est l'entreprise par le truchement du CEO ou du Président qui porte la responsabilité. Une affaire célèbre qui avait fait la une à l'époque était celle d'Oerlikon Bührle qui avait fait des livraisons d'armes en contrevenant à des décisions fédérales. (...) Question : Pour 2009, les résultats réalisés par Mme O._____ ont-ils correspondu aux prévisions de R._____ des trois prochaines années ? Réponse : Dans les années 2008 à 2010, R._____ n'établissait pas de prévisions pluriannuelles. (...) Question 3.1 : L'expert peut-il confirmer que, selon la définition générale, le P&L brut correspond aux économies réalisées grâce aux achats spot par rapport aux contrats à long terme existants ? Réponse : La question n'a pas de sens. Commentaire : Selon la définition générale en gestion financière et comptable, le P&L (Profit & Loss en anglais, Profits et Pertes en français) est un document financier indiquant des revenus et des charges, avec un solde qui peut être un profit ou une perte. Le P&L ne peut donc pas correspondre à une économie. La notion de « brut » en relation avec P&L n'a pas non plus de sens. Question 3.2 : L'expert peut-il confirmer que le P&L brut réalisé par Mme O._____ en 2009 s'est élevé à EUR 26'937'121.08 ? Réponse : Prise littéralement, la question n'a pas de sens. Si l'on remplace P&L par profit la question a un sens, mais la réponse est négative. Commentaire : R._____ livre le gaz acheté à ses actionnaires preneurs. Ceux-ci paient le gaz à R._____ au prix coûtant des achats. Il n'y a donc pas de profit pour R._____. Le prix coûtant est un mix des achats à long terme et à court terme. Les achats à court terme ont permis d'abaisser le coût moyen, mais il ne s'agit ni d'économie ni de profit. Dans les relations entre O._____ et X._____, le terme de P&L brut était utilisé pour situer les écarts, considérés comme des économies, entre les montants des achats à court terme et les montants qu'il aurait fallu payer si les mêmes volumes avaient porté sur le contrat à long terme. Selon les calculs de R._____, il s'agit de CHF 26'908'621. La différence avec les chiffres de O._____ est faible (0,1%). (...) Question 3.3 : L'expert peut-il confirmer que le P&L brut réalisé par Mme O._____ en 2010 (soit jusqu'à la fin des rapports de travail au 30 septembre 2010) s'est élevé à EUR 20'057'812.- ? Réponse : Prise littéralement, la question n'a pas de sens. Si l'on remplace P&L par profit, la question a un sens, mais la réponse est négative. Commentaire :

R. _____ livre le gaz acheté à ses actionnaires preneurs. Ceux-ci paient le gaz à R. _____ au prix coûtant des achats. Il n'y a donc pas de profit pour R. _____. Le prix coûtant est un mix des achats à long terme et à court terme. Les achats à court terme ont permis d'abaisser le coût moyen, mais il ne s'agit ni d'économie ni de profit. Dans les relations entre O. _____ et X. _____, le terme de P&L brut était utilisé pour situer les écarts, considérés comme des économies, entre les montants des achats à court terme et les montants qu'il aurait fallu payer si les mêmes volumes avaient porté sur le contrat à long terme. Selon les calculs de R. _____, il s'agit de CHF 21'507'974. La différence avec les chiffres de O. _____ est faible (+ 7,2%). (...) Le rapport d'expertise mentionne les « directives » imposées à Mme O. _____ dans le cadre de ses activités pour en déduire que la marge réalisée entre les achats à court terme et à long terme n'est pas significative pour apprécier sa performance. Question : L'expert peut-il préciser à quelles « directives » il fait allusion en indiquant, le cas échéant, à quelle date elles ont été émises et communiquées à Mme O. _____ ? Réponse : O. _____ recevait une communication sur le maximum possible des achats à court terme le jour suivant ou les jours suivants. Cette communication était faite oralement, généralement par M. Carrel chargé des calculations. Commentaire : Le terme de « directives » est probablement inapproprié si on le prend dans le sens d'un document formel adopté par la Direction. Qu'on nomme la communication « indication » ou « instruction », l'important est qu'il s'agissait de spécifications fixant le cadre pour les opérations d'achats à court terme. (...) Question 5.1 : L'expert peut-il déterminer le P&L net réalisé en 2009 par Mme O. _____ ? Réponse : Prise littéralement, la question n'a pas de sens. Si l'on remplace P&L par profit, la question a un sens, mais la réponse est qu'il n'y a pas de profit. Commentaire : R. _____ livre le gaz acheté à ses actionnaires preneurs. Ceux-ci paient le gaz à R. _____ au prix coûtant des achats. Il n'y a donc pas de profit pour R. _____. Le prix coûtant est un mix des achats à long terme et à court terme. Les achats à court terme ont permis d'abaisser le coût moyen, mais il ne s'agit ni d'économie ni de profit. Dans les relations entre O. _____ et X. _____, le terme de P&L net a été utilisé pour situer des écarts, considérés comme des économies, entre les montants des achats à court terme et ceux qu'il aurait fallu payer par rapport aux prix Month Ahead lorsque les premiers étaient inférieurs. Selon les calculs de R. _____, il s'agit de CHF 1'675'840 pour 2009. (...) Question 5.2 : L'expert peut-il déterminer le P&L net réalisé en 2010 par Mme O. _____ (jusqu'au 30 septembre 2010) ? Réponse : Prise littéralement, la question n'a pas de sens. Si l'on remplace P&L par profit, la question a un sens, mais la réponse est qu'il n'y a pas de profit. Commentaire : R. _____ livre le gaz acheté à ses actionnaires preneurs. Ceux-ci paient le gaz à R. _____ au prix coûtant des achats. Il n'y a donc pas de profit pour R. _____. Le prix coûtant est un mix des achats à long terme et à court terme. Les achats à court terme ont permis d'abaisser le coût moyen, mais il ne s'agit ni d'économie ni de profit. Dans les relations entre O. _____ et X. _____, le terme de P&L net a été utilisé pour situer des écarts, considérés comme des économies, entre les montants des achats à court terme et ceux qu'il aurait fallu payer par rapport aux prix Month Ahead lorsque les premiers étaient inférieurs. Selon les calculs de R. _____, il s'agit de CHF 1'371'424 pour 2009. (...) »

E. 23

D'autres faits allégués et admis ou prouvés, mais sans incidence sur la solution du présent procès, ne sont pas reproduits ci-dessus.

E. 24

Par demande du 22 décembre 2010, la demanderesse O. _____ a pris, avec suite de frais et dépens, les conclusions suivantes : « I.- La défenderesse, R. _____, doit immédiat paiement à la demanderesse, O. _____, de la somme de CHF 523'438.40 (cinq cent vingt-trois mille quatre cent trente-huit francs et quarante centimes), avec intérêt à 5% l'an dès le 31 décembre 2009 pour la somme de CHF 318'229.40 et dès le 30 septembre 2010 pour la somme de CHF 205'209.00. » Par réponse du 4 avril 2011, la défenderesse R. _____ a conclu au rejet avec dépens des conclusions prises par la demanderesse. Le 12 novembre 2015, les parties ont chacune déposé un mémoire de droit. En droit: I. La demanderesse réclame 523'438 fr. 40 à titre de salaire variable pour les années 2009 et 2010. Le litige porte sur le principe et la quotité d'un tel salaire. La demanderesse considère que le principe de son droit au paiement d'un salaire variable, comme élément de la rémunération convenue, est établi. Elle conteste qu'un accord soit intervenu entre les parties pour remplacer, en 2009, le salaire variable par une formation offerte par la défenderesse. Sur la quotité de la rémunération variable, elle fait valoir que les parties ont admis toutes deux l'utilisation d'une « valeur de remplacement » comme base de calcul et soutient que, sur la base des expertises, il convient de retenir qu'elle a droit à un montant compris entre 10% et 20% du P&L annuel net, au titre de salaire variable. Le montant de 523'438 fr. 40 qu'elle réclame représente, selon ses calculs, une moyenne entre ces deux taux et entre les chiffres communiqués par la défenderesse et ceux de l'expert judiciaire Künzli. De son côté, la défenderesse conteste tout accord entre les parties prévoyant l'attribution, dès le 1^{er} janvier 2009, d'un salaire variable correspondant à 20% du P&L réalisé par la demanderesse. Elle fait valoir que le versement d'un salaire variable n'était convenu que pour le futur, lorsque le développement des affaires à court terme le permettrait, mais au plus tôt dès le 1^{er} janvier 2010, et après accord des parties quant à son mode de calcul ainsi que la conclusion d'un avenant au contrat de travail, lequel n'est jamais venu à chef et n'a ainsi jamais permis la naissance d'un droit de la demanderesse au versement d'un salaire variable. II. A titre préliminaire, il convient de préciser le droit de procédure applicable au présent jugement. a) Le Code de procédure civile est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 afin de régler la procédure applicable devant les juridictions cantonales, notamment aux affaires civiles contentieuses (art. 1 let. a CPC, Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272). L'art. 404 al. 1 CPC dispose que les procédures en cours à l'entrée en vigueur de la présente loi sont régies par l'ancien droit de procédure jusqu'à la clôture de l'instance. Cette règle vaut pour toutes les procédures en cours, quelle que soit leur nature (Tappy, Le droit transitoire applicable lors de l'introduction de la nouvelle procédure civile unifiée, publié in JdT 2010 III 11, p. 19). Aux termes de l'art. 166 du CDPJ (Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010; RSV 211.02), les règles de compétences matérielles applicables avant l'entrée en vigueur de la présente loi demeurent applicables aux causes pendantes devant les autorités civiles ou administratives (Tappy, op. cit., p. 14). b) En l'espèce, la demande a été déposée le 22 décembre 2010, soit avant l'entrée en vigueur du CPC. L'instance a donc été ouverte sous l'empire du CPC-VD (Code de procédure civile vaudoise du 14 décembre 1966, dans sa version au 31 décembre 2010, RSV 270.11) et n'est pas close à ce jour. Il convient dès lors d'appliquer le CPC-VD à la présente cause. Les dispositions de la loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 (ci-après : LOJV; RSV 173.01), dans leur teneur en vigueur au 31 décembre 2010, sont également applicables. III. a) Le salaire régi par l'art. 322 al. 1 CO (Code suisse des obligations du 30 mars 1911 ; RS 220) est une prestation en argent versée en contrepartie du travail. Il se calcule en fonction du travail effectivement fourni, dans le cas du travail aux pièces ou à la tâche, ou en

fonction du temps que le travailleur consacre à l'employeur (art. 319 al. 1 et 323b al. 1 CO). Les parties peuvent également convenir, en sus ou à la place d'un autre mode de rémunération, d'un salaire variable à calculer d'après le chiffre d'affaires ou le bénéfice de l'entreprise (art. 322a CO). La participation au bénéfice peut prendre la forme de tantièmes (lorsqu'il s'agit d'employés dirigeants) ou d'actions, de bons de jouissance ou de bons de participation (en principe, lorsqu'il y a participation au bénéfice de tous les employés), ou encore d'une participation au résultat de l'exploitation (en principe dans une petite entreprise). Quant à la participation au chiffre d'affaires, elle dépend de la vente des marchandises et services de l'entreprise, et concerne l'ensemble des transactions (à la différence de la provision au sens de l'art. 322b CO) ; en général, cette forme n'est utilisée que lorsque le travailleur peut exercer une influence directe sur la marche des affaires. Enfin, la participation au résultat de l'exploitation peut revêtir la forme d'une prime, déterminée d'une autre manière (cf. Subilia/Duc, Droit du travail, 2010, nn. 2 à 7 ad art. 322a CO). L'énumération de l'art. 322 al. 1 CO n'étant pas exhaustive, d'autres formes de participation sont possibles (Carruzzo, La rémunération du travailleur et le remboursement des frais, Genève 2007, nn. 80 et 85). En pratique, cette forme de rémunération n'a de sens que pour les employés qui ont une influence directe sur les résultats de l'entreprise (Wyler/Heinzer, Droit du travail, 3 e éd., Berne 2014, pp. 152-153). Lorsque l'employeur s'est engagé à verser un salaire variable, il doit fournir les renseignements nécessaires au travailleur ou, à sa place, à un expert désigné en commun ou par le juge. Il doit aussi autoriser le travailleur ou l'expert à consulter les livres (art. 322a al. 2 CO) et, le cas échéant, remettre une copie du compte de pertes et profits de l'exercice écoulé (art. 322a al. 3 CO). Le salaire variable se distingue de la gratification au sens de l'art. 322d al. 1 CO, qui est une rétribution spéciale accordée au travailleur en sus du salaire, à certaines occasions, telles que Noël ou la fin de l'exercice annuel. Cette gratification se distingue du salaire, et en particulier d'un éventuel treizième mois de salaire, en ceci qu'elle dépend au moins partiellement du bon vouloir de l'employeur. Si le versement d'une gratification n'a pas été convenu, expressément ou par actes concluants, cette prestation est entièrement facultative (ATF 139 III 155 consid. 3.1). Si un versement de ce genre est convenu, l'employeur est tenu d'y procéder, mais il jouit d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer (ATF 136 III 313 consid. 2). En l'absence d'un accord explicite, la gratification est considérée comme convenue lorsque l'employeur l'a versée durant plus de trois années consécutives sans en réserver, par une déclaration adressée au travailleur, le caractère facultatif (ATF 131 III 615 consid. 5.2, SJ 2006 I 45, JAR 2006 p. 329 ; ATF 129 III 276 consid. 2, JdT 2003 I 346 ; Rehbindler/Stöckli, Berner Kommentar, 2010, n. 7 ad art. 322d CO). aa) 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 (al. 2). 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). 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, 2012, nn. 570 ss, et les réf. cit.). Pour que l'on puisse parler d'un accord, il faut que le contenu du contrat soit suffisamment déterminé, ou du moins suffisamment déterminable ; le débiteur doit pouvoir mesurer l'engagement qu'il prend ; lorsque le contenu est déterminé, le contenu essentiel du contrat est décrit directement par les manifestations de volonté ; le contenu est déterminable si les parties se

sont bornées à indiquer comment le point sera indirectement déterminé ; leur accord ne porte pas sur l'objet mais sur la manière de le déterminer ; si les critères sont suffisamment clairs et permettent à chaque partie de mesurer l'engagement qu'elle prend, l'accord est aussi parfait au sens de l'art. 1 al. 1 CO (Tercier/Pichonnaz, op. cit., n. 577). bb) La rémunération étant un élément essentiel du contrat de travail, il s'ensuit qu'en matière de rémunération variable, les parties doivent se mettre d'accord spécifiquement sur la détermination et la structure de la rémunération variable ; l'objet de la prestation promise par l'employeur doit être déterminé (Witzig, *Le renouveau des rémunérations variables*, Genève 2015, pp. 326 et 327 et les réf. cit.). cc) Des parties peuvent s'engager par un précontrat (art. 22 CO). La promesse de contracter ou précontrat est un contrat générateur d'obligations, en vertu duquel une des parties au moins s'engage à passer ultérieurement un autre contrat générateur d'obligations (le contrat principal) avec l'autre partie ou avec un tiers. Selon l'opinion dominante, la conclusion du précontrat implique un accord des parties sur tous les éléments essentiels du contrat principal, qui doivent déjà être déterminés ou au moins déterminables dans le précontrat. Cette exigence se justifie par la possibilité d'agir en conclusion du contrat principal en cas d'inexécution du précontrat (ATF 118 II 32 consid. 3b ; Morin, *Commentaire romand, CO I*, nn. 2 et 8 ad art. 22 CO et les réf. cit. ; Gabellon, *Le précontrat, Développements et perspectives*, Zurich 2014, nn. 334 à 346 et les réf. cit. en note de bas de page n. 561). Le précontrat se distingue de la convention préalable, qui n'impose aux parties que des obligations en relation avec la négociation d'un autre contrat. Les parties à une convention préalable s'engagent uniquement à respecter certaines obligations dans le cadre de leurs pourparlers en vue de la conclusion d'un contrat futur, qui peuvent parfaitement se terminer par un échec. La convention préalable ne permet donc pas de déroger au principe selon lequel chaque partie peut interrompre les négociations. Il est par conséquent exclu dans ce cas d'en déduire un droit à la conclusion et à l'exécution du contrat qui est l'objet des pourparlers (Morin, op. cit., nn. 123-124 ad art. 1 CO et n. 4 ad art. 22 CO et les réf. cit.). b) En l'espèce, il est constant que les parties ont été liées par un contrat individuel de travail au sens de l'art. 319 al. 1 CO et que la défenderesse s'est ainsi obligée à verser un salaire en argent, conformément à l'art. 322 al. 1 CO. Ce qui était dû à ce titre comprenait d'abord le salaire fixe, dont le montant était convenu et qui incluait une allocation annuelle dont le montant était également convenu ; cette prestation n'est pas litigieuse. La gratification exceptionnelle de 8'000 fr. versée pour l'année 2009 n'est pas non plus litigieuse. Les parties divergent en revanche sur le droit de la demanderesse au versement d'un salaire variable pour 2009 et 2010, et sur le contenu de leur accord sur ce point. Elles ne s'opposent en revanche pas sur la qualification de la prestation litigieuse, comme élément du salaire au sens de l'art. 322a al. 1 CO. Il convient dès lors de déterminer si les parties sont convenues du versement d'un salaire variable déterminé ou déterminable à la demanderesse, que ce soit pour l'année 2009 et/ou pour l'année 2010. IV. a) Confronté à un litige sur l'interprétation d'une convention, le juge doit tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO ; TF 4A_567/2013 du 31 mars 2014 consid. 5 ; ATF 135 II 410 consid. 3.2, SJ 2009 I 429 ; ATF 131 III 606 consid. 4.1, rés. in JdT 2006 I 16). Un accord peut résulter non seulement de déclarations expresses concordantes, mais aussi d'actes concluants (art. 1 al. 2 CO ; TF 4A_26/2012 du 15 mai 2012 consid. 4.1 ; ATF 128 III 419 consid. 2.2, SJ 2003 I 33). Si le juge ne parvient pas à établir la commune et réelle intention des parties, il lui incombe d'interpréter leurs

déclarations et comportements selon la théorie de la confiance. Il doit rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances. Le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (TF 4A_476/2011 du 11 novembre 2011 consid. 3 ; ATF 136 III 186 consid. 3.2.1, SJ 2010 I 317 ; ATF 131 III 606 consid. 4.2, rés. in JdT 2006 I 126). Pour rechercher la volonté subjective des parties, comme pour interpréter une clause contractuelle selon le principe de la confiance, il convient de partir en premier lieu du texte de la clause. Toutefois, même s'il est apparemment clair, le sens d'un texte souscrit par les parties n'est pas forcément déterminant, de sorte que l'interprétation purement littérale est prohibée (art. 18 al. 1 CO). Lorsque la teneur d'une clause contractuelle paraît limpide à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte de cette dernière ne restitue par exactement le sens de l'accord conclu. Il n'y a cependant pas lieu de s'écarter du sens littéral du texte adopté par les intéressés lorsqu'il n'y a aucune raison sérieuse de penser que celui-ci ne correspond pas à leur volonté (TF 4A_567/2013 du 31 mars 2014, consid. 5 ; TF 4A_26/2012 du 15 mai 2012 consid. 4.1 ; TF 4A_467/2011 du 11 novembre 2011 consid. 3 ; ATF 136 III 186 consid. 3.2.1, SJ 2010 I 317 ; ATF 131 III 606 consid. 4.2, rés. in JdT 2006 I 126 ; Winiger, Commentaire romand, CO I, nn. 25 ss ad art. 18 CO). La jurisprudence et la doctrine ont développé divers moyens complémentaires d'interprétation, définis comme des éléments qui, sur la base des circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat, permettent de préciser la volonté des parties (Winiger, op. cit., nn. 32 ss ad art. 18 CO ; Gabus/Rohmer, Bonus et hauts salaires : liberté contractuelle ou protection du travailleur ?, in SJ 2014 II 219, pp. 228 ss). Ainsi, les déclarations des parties antérieures à la conclusion du contrat, les circonstances ayant précédé ou accompagné la conclusion et la correspondance échangée peuvent fournir des informations sur leur volonté et leurs intentions. Une attitude convergente des parties après la conclusion du contrat peut indiquer l'existence d'un réel consensus, tandis qu'un changement simultané des comportements après la conclusion peut faire apparaître une modification ultérieure du contrat (Winiger, op. cit., n. 34 ad art. 18 CO et les références citées). Les intérêts respectifs des parties lors de la conclusion du contrat et au cours de l'exécution de celui-ci constituent également des indices de leur réelle et commune intention. L'employeur peut avoir intérêt à motiver son employé par une rémunération qui dépend des résultats de l'entreprise et de la performance de l'employé. Ce dernier, de son côté, n'aurait peut-être jamais accepté de signer le contrat sur la base du seul salaire de base, même élevé, qui lui est proposé, s'il n'avait pas la garantie qu'en cas de succès, une rémunération complémentaire lui serait acquise (Gabus/Rohmer, op. cit., p. 231). Dans le cadre de la délimitation entre salaire variable et gratification au sens de l'art. 322d CO, la doctrine admet que lorsque les objectifs à atteindre sont définis ou convenus à l'avance, et sont liés à des critères objectifs, par exemple le résultat ou le chiffre d'affaires de la société ou le résultat de l'équipe au sein de laquelle travaille l'employé, ou encore les performances personnelles de ce dernier, le travailleur a droit au salaire variable lorsque ces résultats sont atteints. Cette rémunération est alors assimilée à un salaire variable au sens de l'art. 322a CO (Danthe, op. cit., n. 19 ad art. 322d CO ; Carruzzo, Le contrat individuel de travail, p. 138). L'usage au sein de l'entreprise ou dans la profession considérée sont également des circonstances qui peuvent être prises en compte pour déterminer si un salaire variable a été convenu. Ainsi, le Tribunal fédéral a admis la qualification de salaire variable pour une rémunération complémentaire allouée à des « traders », en raison du caractère

particulièrement stressant de leur activité, dans une entreprise qui avait adopté un règlement prévoyant le versement, à ses « traders », d'une prime complémentaire au salaire payée en espèces ainsi qu'une contribution patronale à un plan d'épargne-retraite et d'assurance décès-invalidité (TF 4A_509/2008 du 3 février 2009 consid. 4.2 ; Gabus/Rohmer, op. cit., p. 231 et les références citées). b) Le contrat de travail litigieux dispose ce qui suit au sujet du 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. » L'utilisation du futur dans la clause litigieuse et le fait que celle-ci ne contienne aucun critère permettant de chiffrer la rémunération variable conduisent à exclure en tout cas que la demanderesse puisse prétendre à une telle rémunération dès l'entrée en vigueur de son contrat de travail. Selon les termes du contrat, les parties sont convenues d'ajouter au salaire fixe de la demanderesse une part de salaire variable, « lorsque le développement des affaires court terme permettrait de l'envisager » et de s'entendre sur le mode de calcul. L'absence de précision dans la détermination du moment à partir duquel un salaire variable viendrait s'ajouter au salaire fixe et la nécessité pour les parties de s'entendre sur le mode de calcul, dans la mesure où il s'agit d'éléments essentiels de l'accord (cf. supra consid. III. b) aa) et bb)), permettent d'exclure qu'un accord sur le paiement d'un salaire supplémentaire variable soit d'ores et déjà venu à chef. L'introduction d'une telle rémunération devait faire l'objet d'un accord ultérieur, expressément réservé par les parties dans le contrat. L'interprétation littérale de la clause litigieuse est conforme au contenu des négociations qui ont eu lieu entre les parties avant la conclusion du contrat. Lors de l'entretien du 2 juillet 2008, il a notamment été précisé à la demanderesse que lorsque la cellule d'achat court terme serait montée et que la défenderesse disposerait d'une base de calcul, une part variable de salaire serait ajoutée au salaire fixe. Aucune base de calcul n'a été discutée lors des pourparlers antérieurs à la signature du contrat. La défenderesse estimait à une année environ le délai d'attente pour atteindre ses objectifs et bénéficier de ces informations. Il est constant également que la demanderesse, qui a déclaré lors des pourparlers que cette proposition lui semblait avoir du sens, n'a pas accordé d'importance au salaire variable et n'a posé aucune question à ce sujet. Il n'est pas établi qu'elle aurait refusé de signer le contrat sans allocation d'un salaire variable dès son entrée en fonction. Aucun employé de la défenderesse ne perçoit de salaire variable et il est constant que la demanderesse n'exerçait pas une activité comparable – sous l'angle du stress et des responsabilités décisionnelles – à celles d'un « trader ». En outre, le salaire fixe de la demanderesse correspondait au salaire usuel offert sur le marché dans le domaine, puisqu'il s'élevait au même montant que le salaire que la demanderesse percevait auprès de son précédent employeur. Aucune des circonstances de l'espèce ne permet donc de conclure que la demanderesse peut prétendre à un salaire variable dès son entrée en fonction. S'il est établi que, lors des négociations, il a été dit à la demanderesse qu'en raison du financement par l'employeur de divers cours et séminaires, il n'y aurait pas de bonus la première année, et s'il est établi que la demanderesse n'a pas contesté d'y participer, il n'est en revanche pas établi qu'elle ait donné son accord sur ce point. Ni son silence, ni sa participation à divers cours et séminaires durant toute l'année 2009 ne sauraient être interprétés comme un accord. Il convient donc de s'en tenir aux termes du contrat de travail. L'allocation d'un salaire variable supposait la conclusion d'un accord subséquent au contrat fixant les bases de calcul de la rémunération variable. Or, quand bien même la défenderesse ne s'est pas opposée, sur le principe, au versement d'un salaire variable à la demanderesse à partir du 1^{er} janvier 2010, il est constant qu'un tel accord n'est jamais venu à chef. Le 1^{er}

février 2010, la demanderesse – qui avait pour la première fois évoqué la question du salaire variable lors de l’entretien du 3 décembre 2009 – a adressé à son employeur un courrier exposant les bases d’un accord pour 2009 et les critères pour le calcul du salaire variable des années suivantes. Les parties ont envisagé une méthode de calcul dite de « valeur de remplacement » et se sont rencontrées le 1^{er} mars 2010. Aucun accord n’a cependant été conclu à cette occasion sur la détermination et la structure de la rémunération variable. En particulier, les parties ne se sont pas mises d’accord sur ce qu’il fallait entendre dans ce cadre. La demanderesse a alors admis que la défenderesse n’était pas une société de « trading » et que les parties devaient trouver le « bon mode de calcul ». Le 10 mars 2010, la défenderesse a adopté à l’interne des principes pour le calcul de la rémunération variable. Le document relatif à cette décision a été communiqué à la demanderesse le 9 avril 2010. Le 19 avril 2010, la demanderesse a adressé à la défenderesse une nouvelle proposition concernant ses conditions d’emploi et de rémunération, en indiquant vouloir obtenir une réponse lors d’une séance agendée au 17 mai suivant. Avant même cette séance, par lettre du 30 avril 2010, la demanderesse a déclaré résilier son contrat de travail, en indiquant qu’elle pourrait annuler sa démission si un accord était trouvé lors de la séance du 17 mai 2010. Tel n’a pas été le cas, la défenderesse ayant refusé d’adhérer à une révocation de la résiliation. La défenderesse n’a en outre pas refusé de négocier. Ainsi, force est de constater que si, lors de la conclusion du contrat, les parties se sont entendues sur le principe de l’entrée en vigueur d’une rémunération variable dans le futur, laquelle devait faire l’objet d’un accord ultérieur sur les éléments objectivement essentiels d’une telle rémunération, aucun accord sur ces éléments n’est jamais venu à chef. La clause litigieuse du contrat de travail ne constitue ni un contrat ni un précontrat, faute de contenir les éléments essentiels d’un accord pour l’introduction d’un salaire variable. Elle doit être qualifiée de convention préalable, qui ne saurait fonder un droit à l’exécution. Au demeurant, ainsi que cela ressort du paragraphe précédent, la défenderesse n’a pas violé ses obligations résultant de la clause litigieuse. Elle n’a en effet pas refusé une négociation ; celle-ci n’a simplement pas abouti. Les clauses objectivement nécessaires pour déterminer – même indirectement – le mode de calcul et l’étendue de la rémunération variable n’ayant pas fait l’objet d’un accord entre parties, le juge ne peut y suppléer (cf. supra consid. III. b) aa)). c) Au vu de ce qui précède, les conclusions de la demande, mal fondées, doivent être rejetées. V. a) Selon l’art. 92 al. 1 CPC, des dépens sont alloués à la partie qui obtient gain de cause. Ceux-ci comprennent principalement les frais de justice payés par la partie, les honoraires et les débours de son avocat (art. 91 litt. a et c CPC). Les frais de justice englobent l’émolument de justice, ainsi que les frais de mesures probatoires. Les honoraires d’avocat sont fixés selon le tarif des honoraires d’avocat dus à titre de dépens du 17 juin 1986 (RSV 177.11.3). Les débours ont trait au paiement d’une somme d’argent précise pour une opération déterminée. A l’issue d’un litige, le juge doit rechercher lequel des plaideurs gagne le procès et lui allouer une certaine somme en remboursement de ses frais, à la charge du plaideur perdant. Lorsqu’aucune des parties n’obtient entièrement gain de cause, le juge peut réduire les dépens ou les compenser (art. 92 al. 2 CPC). b) En l’espèce, obtenant entièrement gain de cause, la défenderesse R. _____ a droit à de pleins dépens, à la charge de la demanderesse O. _____, qu’il convient d’arrêter à 50'990 fr. 60, savoir : a) 30'000 fr. à titre de participation aux honoraires de son conseil; b) 1'500 fr. pour les débours de celui-ci; c) 19'490 fr. 60 en remboursement de son coupon de justice.

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