

## **VD\_GERICHTE CT10.042203 vom 22. Mai 2017**

VD Tribunal cantonal, 2017-05-22, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_CT10.042203](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_CT10.042203)

FR: VD\_GERICHTE CT10.042203 du 22 mai 2017

IT: VD\_GERICHTE CT10.042203 del 22 maggio 2017

### **Erwägungen**

#### **E. 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.

#### **E. 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

- 18 - 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.

#### **E. 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

- 19 - 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.

#### **E. 4.2**

du contrat de travail constituait un élément du salaire, et non une gratification.

- 21 - 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.

- 22 - 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.

### **E. 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

- 20 - mars 2012 consid. 5.1.2 ; Streiff/Von Kaenel, *Arbeitsvertrag*, 7e éd., 2012, n. 2 ad art. 320 CO ; Witzig, *Le renouveau des rémunérations variables*, 2015, p. 327 ; Wyler/Heinzer, *Droit du travail*, 3e 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*, 2e 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*, 6e 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).

### **E. 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.

### **E. 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

- 23 - 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.

## **E. 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.

- 24 - 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 1er 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 1er 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 1er 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.

- 25 -

#### **E. 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

- 26 - 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.

### **E. 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).

### **E. 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

- 27 - 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

- 28 - ahead » et les opérations « spot » et 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 l'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.

#### **E. 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,

- 29 - 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

#### **E. 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 financiers, 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

- 30 - 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

- 31 - 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 2e 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.

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