



COUR CIVILE

Audience de jugement du 29 janvier 2016

Composition : Mme BYRDE, présidente
Mme Carlsson et M. Hack, juges
Greffier : Mme Bron

Cause pendante entre :

O. _____

(Me S. Fuld)

et

R. _____

(Me F. Logoz)

- Du même jour -

Délibérant immédiatement à huis clos, la Cour civile considère :

Remarque liminaire :

En cours d'instruction, onze témoins ont été entendus, parmi lesquels S._____, directeur général de la défenderesse R._____, (ci-après la défenderesse), et X._____, directeur adjoint, responsable du département négoce de cette entreprise. Tous deux ont assisté à l'audience préliminaire en qualité de représentants de la défenderesse. Ils ont admis avoir connaissance des écritures des parties et avoir eu des contacts avec le conseil de la défenderesse. Leurs témoignages ne seront donc retenus que pour autant que leurs dires soient corroborés par d'autres preuves au dossier.

Il en va de même du témoignage de Me Stéphanie Fuld qui est désormais le conseil de la demanderesse.

En revanche, la Cour civile ne voit pas de motif d'écarter le témoignage de B._____. S'il est vrai qu'elle était à l'époque des faits responsable d'administration et des ressources humaines, elle avait quitté l'entreprise lors de son audition et, depuis son départ, n'avait pas parlé du litige avec les représentants de la défenderesse.

En fait :

1. a) La défenderesse, qui a son siège à [...] et un bureau à [...], est une société anonyme de droit suisse active dans le domaine du gaz naturel, dont le but statutaire est le suivant : « étude, construction et exploitation des réseaux nécessaires au transport de gaz naturel en Suisse romande ; achat en gros et vente de gaz naturel ; reprise, construction, équipement et exploitation d'installations de production, de stockage ou

de traitement de gaz ; participation à la prospection de gaz naturel et à la recherche de sites de stockage de gaz naturel ; participation à des entreprises ou sociétés poursuivant des buts analogues et la collaboration avec les milieux suisses intéressés au gaz naturel ».

Son capital-actions est de 27'000'000 francs. Selon le rapport annuel 2009, elle a réalisé cette année-là un chiffre d'affaires de 503'896'000 francs. Le total du bilan de la société pour 2009 s'est élevé à 286'998'000 fr. pour un endettement net de 43'101'000 fr. et des fonds propres de 32'071'000 francs.

Le capital de la défenderesse est détenu majoritairement par des actionnaires gaziers soit, selon le rapport annuel 2009, par les Services industriels de Genève à concurrence de 29%, la Ville de Lausanne à concurrence de 18,8%, Holdigaz SA à concurrence de 9,5%, Gazoduc SA de 6,5%, Viteos SA de 2,9%, Frigaz de 1,5%, la Commune d'Yverdon-les-Bains de 1,4%, Cosvegaz de 1,3%, Urbagaz SA de 0,6% et la Commune de Sainte-Croix à concurrence de 0,5%. Ces actionnaires, qui détiennent 72% du capital-social, sont des collectivités publiques ou semi-publiques. Jusqu'en 2011, la société avait également des actionnaires privés.

La défenderesse a 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. Jusqu'en 2011 en tout cas, la société n'achetait que le gaz nécessaire à ses clients. 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 la défenderesse ne prévoient pas tous la même marge d'achat de volume de gaz. Cette souplesse permet à la défenderesse 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.

b) La demanderesse O. _____ (ci-après la demanderesse), née en 1969, bénéficie d'une expérience dans le domaine du « shipping », ayant travaillé de 1997 à 2007 dans le fret maritime et le contentieux y relatif.

Du 1^{er} mai 1997 au mois de septembre 1999, elle a été employée de la société Dow Europe SA, où elle était responsable de l'administration des contrats couvrant les achats et ventes de naphte et de condensats avec des tiers, ainsi que de transactions au sein du groupe. Ses activités incluaient notamment les communications avec les succursales, le suivi du stock, l'affrètement de bateaux et de cargos, les contacts avec les inspecteurs et autres agents, l'enregistrement et le traitement de factures. Elle y a travaillé comme « operations assistant for feedstocks in the hydrocarbons and energy business ».

De 1999 à 2002, la demanderesse a travaillé à Rotterdam pour la société Lyondell Chemical en qualité de « master scheduler » et était occupée dans la planification des affrètements ainsi que des réclamations liées aux affrètements, singulièrement les « surestaries » (indemnités pour attente indue dans les ports), puis comme « chartering specialist », soit spécialiste dans l'affrètement des bateaux.

De 2002 à 2003, elle a travaillé pour la société EP Service, agent de Petrotrade à Genève, en qualité de « operation and chartering manager ». Ses activités principales étaient la supervision des opérations et le suivi des contrats, l'affrètement des navires, la nomination des agents et la négociation des frais portuaires, les négociations des contrats avec les compagnies d'inspection et le traitement des réclamations concernant les « surestaries » et autres.

Du 1^{er} février 2004 au 31 janvier 2007, la demanderesse a travaillé chez Litasco, à Genève, comme « claims/demurrage manager ».

Elle devait superviser l'avance des investigations sur les réclamations dans le domaine du « shipping », organiser une administration adéquate des « surestaries » et des litiges y relatifs. Son activité avait un lien avec le département « trading ». Du 4 au 7 septembre 2006, la demanderesse a suivi un séminaire de quatre jours à Londres, organisé par « The Oxford Princeton Programme », intitulé « International Oil Trading - A practical Approach to the Legal Issues for Successful Management of Claims and Disputes ». Il s'agissait d'une formation de nature juridique.

Le 5 juin 2007, la demanderesse a été engagée par Noble Resources, à Lausanne, - qui est une entreprise de « trading » pur, entre autres dans le domaine des grains -, en qualité de « clean fuels traffic manager » ; elle s'est occupée de la mise en place d'un département de quatre personnes, du recrutement et de la formation des opérateurs, de l'exécution quotidienne des contrats, de leur suivi administratif, des négociations entre l'équipe d'exécution et les traders. Durant les derniers mois de son activité au sein de cette société, elle a été active dans le secteur du sucre, dans le cadre d'un projet de « risk assessment ». Son salaire chez Noble Resources était de l'ordre de 170'000 fr. par année à 100%, auquel pouvait s'ajouter un éventuel bonus en fonction des résultats. La demanderesse a occupé cet emploi jusqu'au 31 octobre 2008.

Jusqu'à son engagement chez Noble Resources, la demanderesse n'a été active que dans l'affrètement maritime et les réclamations dans ce domaine. Durant toutes ces années, elle n'a jamais été active comme « trader » ni comme acheteuse ou vendeuse de quelque matière première que ce soit.

2. A la fin de l'hiver 2008, la défenderesse a mandaté N._____, consultante en recrutement sous la raison individuelle [...], pour rechercher et lui présenter des candidatures pour le poste de responsable du développement des affaires court terme.

Au mois de mars 2008, N._____ a publié une annonce et a pris contact avec quelques personnes correspondant au profil du poste pour leur proposer de faire acte de candidature.

Le cahier des charges du poste à repourvoir et le profil du cadre recherché, rédigé par la recruteuse, avait la teneur suivante :

« (...)

Afin de renforcer son équipe négoce, notre client recherche un(e) :

Responsable Développement Négoce Court Terme

Cahier des charges

- 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

Profil recherché

- Expérience réussie dans le domaine de l'énergie (gaz, électricité, pétrole) ;
- Niveau HES souhaité ;
- Aisance particulière avec les chiffres ;
- Excellentes compétences informatiques (environnement Microsoft notamment Excel, VBA) ;
- Français et anglais courants, l'allemand représente un sérieux atout ;
- Excellentes compétences en négociation, communication, organisation, gestion, analyse et résolution de problèmes ;
- Capacité à travailler sous pression, en petite équipe et de manière autonome ;
- Personnalité proactive et flexible

(...). »

3. Au mois de mars ou avril 2008, N._____ a notamment pris contact avec la demanderesse.

La demanderesse, qui ne travaillait à cette époque que depuis quelques mois au service de la société Noble Resources, s'est montrée

intéressée par le poste et a remis son curriculum vitae à N._____, qui a présenté son dossier à la défenderesse à mi-avril 2008.

La demanderesse ne cherchait pas un poste de « trader », mais un poste qui soit en lien avec son expérience et qui lui permette de conserver un équilibre entre sa vie privée et sa vie professionnelle. Elle souhaitait pouvoir consacrer plus de temps à son enfant et, à cet effet, bénéficier d'une activité moins prenante que chez Noble Resources.

4. Le 30 avril 2008, un premier entretien a eu lieu entre la demanderesse et la défenderesse, représentée par X._____ et B._____, responsable des ressources humaines à l'époque. A cette occasion, la demanderesse a précisé être la mère d'un jeune enfant. Elle a annoncé être à la recherche de quelque chose à construire, d'un nouveau challenge. Elle a indiqué le montant de son salaire chez Noble Resources, incluant un bonus. L'entretien s'est bien déroulé.

Le 13 juin 2008, un deuxième entretien a eu lieu à [...] entre la demanderesse, X._____, B._____, S._____ et Z._____, directrice adjointe de la défenderesse à l'époque. La description du poste et les attentes respectives des parties ont alors été discutées. La question du salaire n'a en revanche pas été abordée lors de cette entrevue.

Le 2 juillet 2008, un troisième entretien a eu lieu entre la demanderesse, X._____ et B._____, à [...], au cours de laquelle ces trois personnes ont visité le dispatching de gaz dans cette même ville. Durant cette entrevue, les parties ont discuté d'un salaire variable.

La défenderesse a offert à la demanderesse de l'engager sur la base d'un salaire annuel fixe de 170'000 fr. brut. Elle 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. Il a été précisé à la demanderesse que lorsque la cellule serait montée et que la défenderesse

disposerait d'une base de calcul, une part variable serait ajoutée au salaire fixe. La défenderesse estimait à une année environ le délai d'attente pour atteindre ses objectifs et bénéficier de ces informations. Aucun montant n'a été articulé à la demanderesse. Cette dernière a déclaré que la proposition lui semblait avoir « du sens ».

Au cours des pourparlers qui ont précédé son engagement, il a été expliqué à la demanderesse que la défenderesse n'était pas une société anonyme classique destinée à faire du bénéfice, 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.

Par courriel du 8 juillet 2008, N._____ a indiqué à la défenderesse que le retour était positif de la part de la demanderesse, mais que celle-ci devait encore examiner avec un tiers la question du deuxième pilier.

Par courriel du 11 juillet 2008, N._____ a indiqué à la défenderesse que la demanderesse avait reçu une nouvelle proposition de poste de la part de son employeur, incluant une augmentation de salaire à 185'000 fr. brut par an et cinq jours de vacances supplémentaires payés, à prendre par demi-journées, lorsqu'elle devait s'absenter pour son enfant.

Le 18 juillet 2008, S._____ a écrit à la demanderesse pour l'encourager à rejoindre l'entreprise. Parallèlement, la défenderesse a informé la demanderesse qu'elle s'alignait sur la dernière proposition de salaire de son employeur Noble Resources, y compris une indemnité correspondant à cinq jours de vacances supplémentaires officiellement non payés.

Par courrier électronique du 29 juillet 2008, la demanderesse a informé la défenderesse qu'elle avait décidé de formaliser sa démission encore au mois de juillet 2008 et lui a demandé de confirmer son offre.

Le 30 juillet 2008, la défenderesse a adressé à la demanderesse le contrat d'engagement suivant :

« (...)

Nous référant aux différents entretiens que vous avez eus avec MM. S. _____ et X. _____ ainsi que Mmes Z. _____ et [...], nous vous confirmons que nous vous engageons en qualité de responsable développement des affaires court terme au sein de notre département Négoce basé à [...], aux conditions mentionnées ci-après.

1. Début de l'engagement : lundi 3 novembre 2008, à 8h30. Cette date sera avancée dans le temps pour le cas où le délai de résiliation en vigueur auprès de votre employeur actuel (3 mois) aura pu être diminué.
2. Durée de l'engagement : illimitée. Comme il est d'usage dans notre société, pendant la période d'essai de 3 mois, le contrat pourra être résilié par l'une ou l'autre des parties moyennant un préavis d'un mois pour la fin d'un mois. A son échéance, le préavis sera de 3 mois pour la fin d'un mois.
3. Horaire de travail : 42,5 heures par semaine selon horaire à définir avec le responsable de département. Nous tenons à relever que vos activités de négoce court terme pourraient nécessiter une disponibilité en dehors des heures de bureau habituelles.
4. Salaires fixe : CHF 14'616 par mois. Une allocation égale à un salaire mensuel sera versée en fin d'année (prorata temporis pour 2008).

Salaires 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.

5. Vacances : 20 jours ouvrables par an

6. Lieu de travail : R. _____, av. [...].

7. Prestations sociales

7.1 Assurance accidents

a) Vous serez automatiquement et obligatoirement assurée contre les accidents professionnels et non professionnels par la SUVA. La prime pour le risque professionnel est entièrement supportée par R. _____, qui participe en sus aux 50% de la prime pour le risque non professionnel.

b) Vous bénéficierez en outre également d'une assurance complémentaire pour couvrir les pertes de gain consécutives aux accidents professionnels et non professionnels.

La prime sera supportée moitié par vous-même et moitié par R. _____.

7.2 Assurance maladie

a) Soins médicaux et pharmaceutiques

R._____ a institué pour son personnel une assurance maladie collective, à laquelle chaque employé est libre d'adhérer. Il se peut cependant que vous préférerez conserver votre assurance privée. Dans les deux cas, R._____ vous versera une participation de CHF 150 par mois.

b) Perte de gain

Grâce à la conclusion d'une assurance complémentaire, en cas de maladie, votre salaire vous sera garanti à 100% dès le premier jour.

La prime sera supportée moitié par vous-même et moitié par R._____.

7.3 Assurance chômage

Vous serez obligatoirement assurée contre les conséquences du chômage, la moitié de la prime étant supportée par R._____.

7.4 Caisse de retraite

Vous contribuerez pour 6% et R._____ pour 9% aux mesures de prévoyance instituées en faveur du personnel auprès de la Caisse de pensions [...] à Zurich.

8. Autres dispositions

Pour toutes les clauses de votre contrat de travail non prévues ici, le Code des obligations fera règle.

Nous vous remercions de nous manifester votre accord avec ce qui précède en nous retournant par un prochain courrier le double de la présente signé et daté.

(...). »

Le contrat, signé par la demanderesse le 10 août 2008, ne prévoyait pas que le salaire variable serait alloué, pour l'année 2009, sous forme de cours de formation. 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. Elle n'a pas contesté non plus le fait de participer à une formation interne et externe, ni n'a jamais discuté ni contesté le fait que cette formation excluait le versement d'un salaire variable en 2009. Il n'est toutefois pas établi que la demanderesse aurait renoncé à son salaire variable pour l'année 2009, ni qu'elle ait accepté que la formation

proposée par la défenderesse exclue le versement d'un tel salaire. La défenderesse n'a, quant à elle, rien entrepris auprès de la demanderesse pour s'entendre sur le mode de calcul de la rémunération variable.

Aucun collaborateur de la défenderesse ne bénéficiant d'un salaire variable, la demanderesse aurait été la seule à en bénéficier.

5. Le contrat de travail de la demanderesse a débuté le 3 novembre 2008.

Le 21 janvier 2009, à la fin de son temps d'essai, la demanderesse a eu un entretien avec X. _____ et B. _____. Elle n'a alors pas fait de remarque à propos de son salaire.

6. La demanderesse s'est rapidement familiarisée avec le milieu du gaz. Certaines contreparties actives dans ce domaine, telles que [...] avec laquelle la demanderesse avait déjà travaillé, sont des sociétés également actives dans le domaine du pétrole et des autres commodités.

Afin d'optimiser dans la mesure du possible le prix du gaz acquis, la défenderesse utilise la souplesse de livraison et réduit ses achats effectués dans le cadre des contrats conclus à long terme lorsque le gaz peut être acquis sur le marché spot à un prix moins élevé que dans les contrats à long terme. La demanderesse avait pour tâche d'optimiser le prix et le volume de la part du gaz acquise par la défenderesse par des achats ponctuels à court terme, à un prix inférieur à celui des contrats à long terme. La demanderesse travaillait dans un cadre de règlements et d'instructions très précis. Chaque matin, un collaborateur de la défenderesse 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. La demanderesse 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 la demanderesse 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.

L'activité de la demanderesse 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 la défenderesse est de faire des économies sur l'acquisition du gaz. La défenderesse n'a pas pour activité de réaliser des profits sur le commerce du gaz, mais de transporter le gaz qu'elle achète et vend à ses clients. Elle ne prend pas de risque dans les contrats à long terme et ne prend que peu de risque dans les contrats à court terme. Par son activité, la demanderesse ne pouvait que faire réaliser un profit à la défenderesse ou la faire économiser, 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.

7. La défenderesse a offert à la demanderesse de participer à plusieurs séminaires et cours internes et externes, dont le coût était élevé pour certains d'entre eux.

Le 20 octobre 2008, la demanderesse a assisté au cours intitulé « The Essentials of Gaz Trading » organisé par l'International Center for Business Information.

Du 10 au 12 mars 2009, elle s'est rendue aux séminaire et conférences intitulés « Flame 2009 » organisés également par l'International Center for Business Information.

Le 23 mars 2009, elle a suivi le cours intitulé « Energy Trading, Derivatives and Risk Management ».

Le 6 mai 2009, elle a participé avec plusieurs autres collaborateurs de la défenderesse à un cours intitulé « Connaissances de base sur le gaz naturel », organisé par l'Association Suisse de l'Industrie Gazière.

Du 3 au 4 juin 2009, elle a participé au cours intitulé « Energy Trading Central and Eastern Europe » organisé par l'entreprise Synergy.

Le 15 juillet 2009, elle a participé avec sept autres membres de la direction et cadres au cours intitulé « Trading Controls and Risk Management » dispensé dans les bureaux de la défenderesse à [...] et donné par l'International Faculty of Finance.

8. En automne 2009, la demanderesse a demandé à son employeur une réduction de son temps de travail à 90% afin de bénéficier de plus de disponibilité pour son enfant. La défenderesse a accepté cette réduction avec une période d'essai de trois mois à pérenniser en cas d'accord.

9. Le 3 décembre 2009, la demanderesse et X. _____ ont eu un entretien de qualification de fin d'année, au cours duquel ils ont rempli un formulaire d'appréciation.

Par lettre du 14 décembre 2009, la défenderesse a annoncé à la demanderesse le montant de son salaire pour 2010 ainsi que l'allocation d'une « gratification exceptionnelle » de 8'000 fr. « en raison des efforts consentis pour la mise en place des transactions à court terme et le développement des relations avec les contreparties ».

10. Le 1^{er} février 2010, les parties sont convenues d'un avenant au contrat de travail de la demanderesse pour pérenniser et formaliser la réduction à 90% de son taux d'activité.

11. Le 1^{er} février 2010, la demanderesse a adressé le courrier suivant à la défenderesse :

01.02.10

Concerne : Salaire variable

Chers collègues,

La présente fait suite à nos différents entretiens, ainsi qu'au souhait de M. S. d'obtenir un résumé de ma position relative à mon salaire variable. J'ai consulté un expert dans la matière, qui m'a aidé à rédiger ce qui suit :

Lors de mon engagement en tant que Business Development Manager il m'a été indiqué qu'il n'existait pas encore chez R. de bonus et qu'il m'appartenait dès lors de créer une structure permettant de tels versements.

Dans ce cadre, il m'avait été assuré que je participerais à la détermination des critères permettant d'établir le montant de la part variable de mon salaire. Cette entente relative au mode de calcul a même été prévue contractuellement à l'art. 4 du contrat de travail.

À cet effet, j'ai pris contact à de nombreuses reprises au cours de l'année 2009, soit avec M. S. , soit avec M. X. .

Jusqu'à la fin décembre 2009, tous deux m'ont indiqué ne pas être en mesure d'entrer en matière, ne possédant pas encore l'intégralité des « éléments » et informations nécessaires.

Le 14 décembre 2009, à ma grande surprise, mon chef m'a annoncé que la société n'octroierait pas de bonus pour 2009.

C'est dans ce cadre que je vous adresse ce courrier.

À titre liminaire, je tiens à affirmer ma motivation, ainsi que ma satisfaction professionnelle et personnelle relative à l'activité que j'exerce au sein de R. SA depuis plus d'une année.

- Ma démarche a pour première vocation de fournir les bases, par le présent courrier pour parvenir à un accord relatif au montant du salaire variable qui m'est dû pour l'année 2009.
- Elle vise en second lieu à fixer pour le futur les critères déterminants nécessaires au calcul du montant de ma part de salaire variable, afin d'éviter tout malentendu ultérieur.

CONTRAT

L'art. 4 de mon contrat de travail du 3 novembre 2008 prévoit deux choses :

- d'une part, un salaire fixe par mois, et ;
- d'autre part, un salaire variable qui sera ajouté au salaire fixe « lorsque le développement des affaires court terme permettra de l'envisager. Les parties s'entendront sur le mode de calcul ».

La présente ne porte pas sur mon salaire fixe qui ne nécessite pas de remarque complémentaire.

Seule la problématique de mon salaire variable sera examinée ci-dessous et appelle les considérations suivantes :

La partie variable de mon salaire *doit être distinguée d'une rémunération dite discrétionnaire* dépendant uniquement de la volonté de l'employeur, que ce soit sur le principe même de son versement que sur sa quotité.

Cette part variable *doit en effet être considérée comme faisant partie intégrante du salaire*, R. : (l'employeur) ne disposant d'aucune marge de manœuvre et d'appréciation quant au principe de son versement.

Cette conclusion s'impose pour plusieurs raisons :

- 1) R. n'a ni expressément, ni tacitement réservé le caractère discrétionnaire de ce versement, soit son droit de limiter ou de ne pas verser cette part de salaire. Elle est donc en principe due.
- 2) L'échéance du versement est contractuellement fixée à la fin de l'année civile, ce qui constitue un indice du caractère obligatoire du bonus en application de la jurisprudence du Tribunal fédéral.
- 3) La dénomination contractuelle de ce bonus en tant que « salaire variable » et non pas en tant que « gratification à bien plaisir » (art. 322d CO), ainsi que le libellé de l'art. 4 indiquent que ce montant fait partie intégrante de mon salaire et qu'il est ainsi dû en application de l'art. 322 CO.
- 4) De jurisprudence constante, lorsque la part variable excède la part fixe du salaire, il est à considérer que le travailleur doit pouvoir compter sur ce montant de manière régulière, ce qui lui fait perdre son caractère accessoire. Or, comme il sera déterminé ci-dessous, il est fort probable qu'au vu des résultats accomplis, la part variable qui m'est due excède la part fixe de mon salaire.

Compte tenu des indices précités, le principe du versement de ce bonus doit être admis et ne peut être remis en cause par la société.

CALCUL

Reste à déterminer le mode de calcul de cette part variable :

Celui-ci doit être déterminé d'entente entre les parties. Or, à ce jour, R. n'est jamais entrée en matière sur cette question malgré de nombreuses sollicitations de ma part.

L'absence de mode de calcul déterminé ne peut cependant conduire à la renonciation pure et simple d'un bonus ou ne saurait permettre à l'employeur de fixer son montant de manière unilatérale et discrétionnaire.

Il se justifie dans un tel cas de se rapporter aux usages en la matière dans le domaine du négoce.

Or, dans les domaines d'activités analogues, la pratique prévoit le versement d'un montant équivalent à 10 à 20% du P&L réalisé par l'employé. De ce montant doivent être soustraites certaines charges du département.

On peut constater que ce mode de calcul respecte l'esprit du contrat qui stipule que le développement des affaires à court terme conditionnera le montant alloué.

CONCLUSION

Compte tenu de ce qui précède, je demeure dans l'attente d'une offre de la part de R., relative au montant de mon salaire variable pour l'année 2009, sachant que celui-ci ne devrait pas être inférieur à ce qui résulte de l'application des usages précités sous peine de devoir être considéré comme sous-évalué par rapport aux résultats obtenus.

En l'espèce, grâce au travail que j'ai effectué, R. a économisé pas loin de CHF 27 millions au cours de l'année 2009. Ceci correspond à un P&L mensuel de 2,24 millions, résultat inattendu et jamais atteint jusqu'à ce jour par la société.

Depuis mon arrivée, le nombre de transactions mensuelles a augmenté de près de 500%, passant d'une moyenne de 7 à 35 par mois.

Il ne saurait être nié que le développement des affaires à court terme espéré a été plus que dépassé, puisque mes résultats correspondent en réalité aux prévisions de 5 années : 2008-2012.

Indéniablement, le succès de mon activité au cours de l'année 2009 peut être qualifié de «très grand», indépendamment des conditions de marché et grâce au développement du poste.

Au demeurant, il est incontestable que la somme de CHF 8'000.- qui m'a été octroyée et dont je vous remercie, constitue une gratification à bien plaisir, distincte de ma part de salaire variable.

Il en va de même de la formation effectuée au cours de l'année 2009 qui ne saurait être considérée comme un bonus. Il s'agit au contraire d'un investissement à long terme pour la société.

S'agissant de nos relations futures, je souhaiterais que nous établissions un mode de calcul de ma part de salaire variable qui permettra de déterminer avec précision quel est le montant dû à la fin de chaque année civile, évitant ainsi tout conflit potentiel y relatif.

À cet effet, une évaluation des résultats escomptés peut être établie, étant entendu que mon but est avant tout d'améliorer le rendement de la société à long terme.

Par hypothèse, le mode de calcul du bonus futur pourrait prévoir une rémunération croissante sur une période de 3 à 5 ans, comme cela est usuel dans cette branche de l'industrie, eu égard notamment à l'accroissement espéré du bénéfice.

Ce deuxième point mérite que nous établissions ensemble une stratégie de rémunération à long terme, tant pour moi-même que pour l'ensemble des collaborateurs. Il va sans dire que je suis à votre entière disposition à cet effet.

Demeurant à votre disposition pour toute clarification nécessaire, je vous prie de croire, chers collègues, à mes sentiments les meilleurs.

O.

La défenderesse ne s'est pas opposée, sur le principe, au versement d'un salaire variable à la demanderesse pour 2010. De l'aveu des parties, la méthode proposée par la demanderesse ne permet toutefois pas de distinguer exactement la performance personnelle de la demanderesse de l'éventuelle favorabilité du marché. La défenderesse a

dès lors proposé à la demanderesse la méthode dite de « valeur de remplacement », que cette dernière a acceptée.

Le 1^{er} mars 2010, la demanderesse, ainsi que S._____, X._____, et B._____, se sont rencontrés. Leur entretien a donné lieu à une note écrite signée par tous les participants et dont il ressort notamment ce qui suit :

R. SA
CG 29.03.10

Entretien du 1.03.2010

Participants : S., X., O., B.

Objet : Salaire variable ou bonus de O.

S. propose de commencer l'entretien par un rappel chronologique des discussions et propos échangés jusqu'à ce jour, puis de donner quelques éléments sur le mode de calcul envisagé du bonus.

B. rappelle que lors des premières discussions, O. avait mentionné réaliser, auprès de Noble, un salaire fixe annuel de CHF 170'000 ainsi qu'un bonus équivalent à 3 à 6 mois de salaire. Le 2 juillet 2008, lors du troisième entretien qui s'est déroulé au avec X. et B., le poste a été proposé à O. avec un salaire fixe de CHF 170'000 et la précision que pour la première année, la formation interne et externe prise en charge par R. remplacerait le bonus. Le salaire variable serait calculé une fois les activités négoce court terme développées, X. avait annoncé un délai probable pour ce faire d'un an. Selon les notes d'entretien, cette proposition avait « du sens » selon O.

Puis Noble a présenté une nouvelle offre à O. (CHF 185'000) plus 5 jours supplémentaires de vacances à prendre sous forme de demi-journées pour être plus présente pour son fils. Ensuite de différents téléphones avec O., B. lui adresse finalement un contrat d'engagement le 30 juillet 2008 comportant un salaire fixe de CHF 190'008 et la mention suivante « 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 ». Il est expliqué à O. qu'il n'est pas possible de prévoir contractuellement une semaine de vacances supplémentaire mais que le montant de salaire fixe comprend une semaine de salaire, ce qui lui permettra de demander des jours de congé non payés. B. relève que contrairement aux autres contrats d'engagement, celui de O. ne prévoit pas de clause précisant le remboursement des frais de formation à R. en cas de départ anticipé.

X. et B. se souviennent des propos échangés et n'ont aucune raison de le prétendre à tort. B. en appelle à la bonne foi de O., laquelle doit également se souvenir de ces discussions.

Pour le surplus, X. indique qu'il est difficilement envisageable de suivre le calcul proposé dans le courrier de O. du 1.02.2010 car R. n'est pas une compagnie de trading pure, les sociétés d'approvisionnement ne sont pas des structures de négoce comparables à d'autres actives sur les grandes places de marché, notamment dans le domaine du trading spéculatif. En outre, le travail effectué était relativement facilement prévisible, sans risques particuliers, même s'il n'est pas question de remettre en question les compétences de O. bien entendu. De l'avis de X., la problématique n'a pas été appréhendée comme il le fallait dans ce courrier.

B. rappelle que les conditions de travail chez R. comportent aussi d'autres avantages, tels la possibilité d'arriver plus tard en matinée, une activité à 90% récemment avalisée, la proximité avec le domicile de O. Tous ces éléments permettent à cette dernière d'organiser au mieux sa vie familiale et ne seraient pas forcément proposés par une société de trading.

S. conclut en précisant que de toute bonne foi, compte tenu des retours qu'il a eus ensuite des discussions et entretiens échangés entre X., B. et O., il est toujours parti du principe que l'année 2009 ne donnerait pas lieu à un bonus, mais que cela arriverait pour 2010. Les discussions qu'il a eues directement avec O. à propos de son salaire variable l'ont également toujours poussé à valider cette approche.

O. prend note et reviendra ensuite sur la question de 2009, elle demande si pour le calcul de 2010, une réflexion a déjà été menée ?

S. précise qu'un Comité aura lieu le 10 mars prochain. La question y sera abordée. La base de calcul ne sera pas le P&L mais la performance effective par rapport à un prix court terme du

marché comme référence. De plus, le bonus sera plafonné de 10 à 20% du salaire annuel. Un retour du Comité sera probablement disponible courant mars.

O. relève qu'elle avait compris différemment les propos échangés. En effet, elle avait compris que R. estimait à 1 an le délai nécessaire pour développer la cellule court terme, mais que dès que celle-ci serait développée, un salaire variable serait calculé. Or, il lui a fallu moins d'un an pour développer la cellule. Peut-être que les propos étaient clairs pour R. car celle-ci en avait beaucoup parlé à l'interne avant, mais pour O., ils ne l'étaient pas, et comme le contrat ne mentionne pas ce délai d'attente d'un an, il était clair pour elle qu'un bonus serait octroyé pour 2009. Cela explique sa requête et la grande surprise lorsque S. l'a informée des éléments financiers en fin d'année. O. précise que cela a complètement anéanti sa motivation. Pour 2010, il est clair pour elle également que R. n'est pas une société de trading et qu'il faut trouver le bon mode de calcul. O. demande si R. s'est renseignée à ce sujet ?

S. répond que des renseignements ont été pris, effectivement, et que tous les éléments nécessaires à la détermination d'un mode de calcul sont réunis.

O. relève que concernant la formation, elle n'a pas été très demandeuse et qu'elle s'est limitée à suivre les cours ou séminaires proposés par X. Ce dernier précise qu'il n'aurait pas été fermé à d'autres propositions. O. joute que de plus, le règlement du personnel précise que les collaborateurs peuvent être contraints par R. à suivre des formations. O. est donc partie du principe que la formation était obligatoire pour tous chez R., alors pour quelles raisons cela ferait-il partie de son salaire à elle ?

R. relève que cette insertion a été prévue dans le règlement du personnel particulièrement pour les collaborateurs techniques. En effet, les dispositions légales peuvent tout d'un coup contraindre certains corps de métier à disposer d'une formation spécifique pour pouvoir travailler dans une zone EX par exemple (...); il faut par conséquent que R. puisse l'imposer à ses collaborateurs !

O. ajoute qu'elle n'a pas encore tourné la page et doit encore y réfléchir. Si R. lui avait proposé un contrat précisant noir sur blanc qu'il n'y a avait pas de bonus pour la première année, elle ne l'aurait pas signé. Elle a accepté le contrat avec le texte cité plus haut (« 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 »); si elle comprend que R. est de bonne foi, elle l'est également et il faut se mettre à sa place. Cette histoire l'a beaucoup démotivée.

O. précise également qu'elle avait auparavant accepté des postes pour lesquels elle n'avait pas de formation ni d'expérience spécifiques. Dans ces cas, elle a appris « sur le tas » et a toujours produit rapidement de bons résultats, lesquels ont été récompensés proportionnellement. Voilà pourquoi elle n'aurait pas accepté des conditions différentes chez R., car cela aurait été un pas en arrière professionnellement.

S. prend note de sa bonne foi et insiste également sur celle de R.

Signatures pour confirmation des propos échangés :

S. :

X. :

O. :

R. :

12. Du 1^{er} au 3 mars 2010, la demanderesse s'est rendue aux séminaires et conférences intitulées « Flame 2010 » à Amsterdam, organisés par l'International Center for Business Information.

13. Le 10 mars 2010, le comité de la défenderesse a adopté des principes de rémunération pour le négoce effectué sur le marché à court terme, qui ont fait l'objet d'une note dont le contenu est le suivant :

Principes de rémunération admis par le
Comité de R. le 10 mars 2010 pour le
négoce effectué sur le marché court terme

Objectifs

Le but de cette note est de préciser les éléments de calcul de la rémunération variable des collaborateurs actifs sur le marché à court terme.

Le Comité et la direction ont décidé de ces principes en tenant compte du caractère particulier de cette activité chez R. En effet, il s'agit d'opérations visant à optimiser le portefeuille d'approvisionnement en gaz de nos partenaires et non d'opérations pouvant avoir un caractère hautement spéculatif.

Limites déterminées

Les collaborateurs pouvant bénéficier d'un salaire variable en sus de leur salaire fixe sont uniquement ceux dont le contrat de travail le précise et qui achètent ou vendent des commodités (gaz, capacité de transport, ...) sur le marché à court terme. Ainsi, à titre d'exemples, les collaborateurs du « back office », ceux du département « comptabilité » ainsi que les opérateurs du « dispatching » ne sont pas concernés.

La rémunération variable dépendra de la performance du collaborateur et, dans toute la mesure du possible, ne sera pas influencée par la situation conjoncturelle du marché.

Principes adoptés

R. est actuellement active sur un nombre limité de points d'échange, comme le NCG (Net Connect Germany) en Allemagne.

Pour calculer la rémunération variable pour un mois donné, le calcul suivant sera adopté :

- La dernière cotation du prix « Month ahead » publié par Platts du mois précédent est prise pour référence pour le mois considéré et le « hub » considéré (voir exemple ci-après) ;
- Pour chaque opération réalisée en cours de mois sur ce hub, est calculé le gain réalisé par rapport à cette valeur de référence ;
- Le cumul de ces gains positifs est calculé au long de l'année ;
- Au cas où une transaction a pour résultat une perte que ce soit par rapport au prix des contrats long terme ou découlant d'une obligation de fermer une position, cette dernière vient en déduction des gains.

Si des opérations ont été effectuées en des points pour lesquels les cotations n'existent pas, il sera procédé de façon proportionnelle aux gains réalisés sur les points où les cotations sont connues et ceci pour autant que ces opérations ne dépassent pas 20% du volume total traité. Dans cette hypothèse, une méthode déterminée par la direction de R. sera adoptée.

Une part de 2.5% du montant annuel de ces gains revient au collaborateur ayant effectué ces opérations et constitue sa rémunération variable dans la limite suivante : en tout état de cause, la part variable ne pourra excéder un montant équivalent à 15% du revenu annuel fixe du collaborateur, sans indemnités et autres allocations spéciales. A noter qu'en cas d'activité à temps partiel, le revenu annuel fixe versé au collaborateur est pris en considération et non celui qui serait versé pour une activité à 100%.

Cette rémunération variable est déterminée au début de l'année suivant l'exercice considéré et est versée au collaborateur au plus tard à la fin du mois de février.

Le Comité de R. est compétent pour trancher tout litige qui surviendrait dans l'application des principes énoncés ci-dessus.

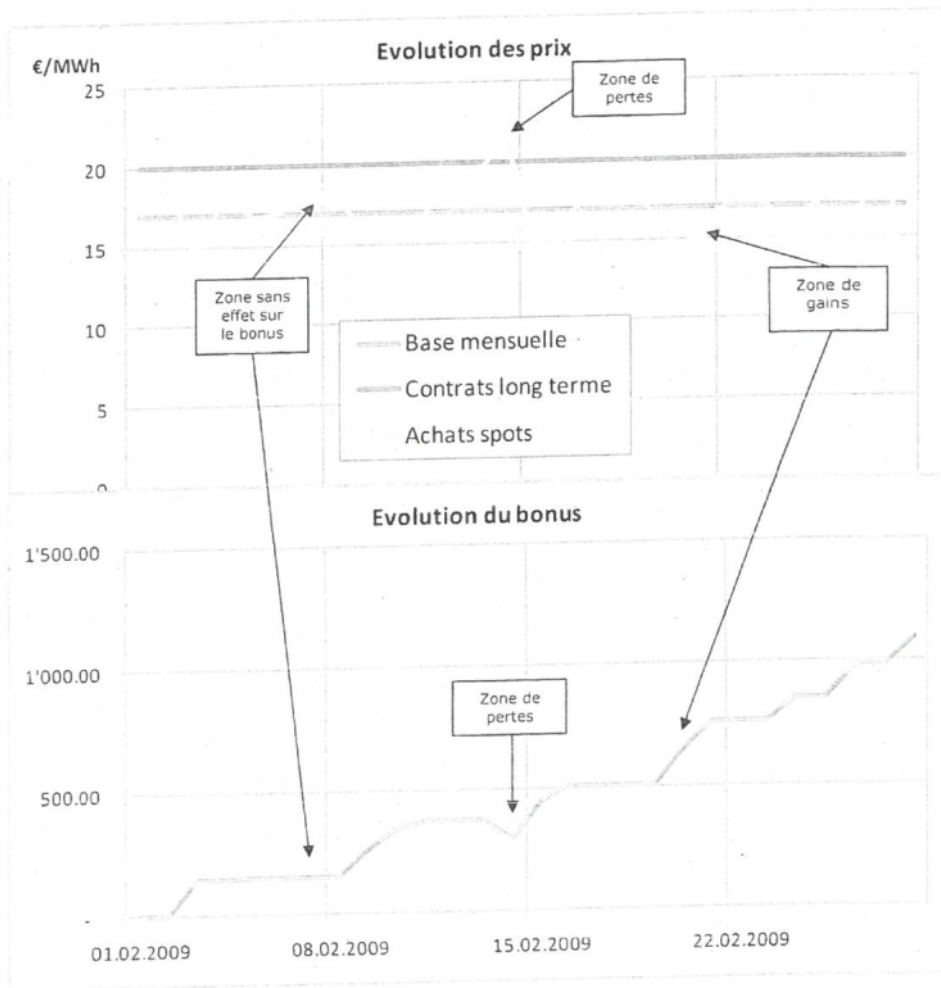
Les présents principes de rémunération entrent rétroactivement en vigueur au 1^{er} janvier 2010.

, le 25.03.2010

Exemples

1. Calcul de la rémunération

Les graphiques suivants illustrent l'évolution des achats de gaz et celle du bonus obtenu.



Exemple pour un achat de 100 MW par jour

	Base mensuelle €/MWh	Contrats long terme €/MWh	Achats spots €/MWh	Gains/Base €	Cumul €	Bonus €
01.02.2009	17.00	20.00	19.42	-	-	-
02.02.2009	17.00	20.00	15.53	3'522.53	3'522.53	88.06
03.02.2009	17.00	20.00	16.61	928.98	4'451.51	111.29
04.02.2009	17.00	20.00	17.82	-	4'451.51	111.29
05.02.2009	17.00	20.00	16.03	2'327.48	6'779.00	169.47
06.02.2009	17.00	20.00	14.78	5'327.66	12'106.66	302.67
07.02.2009	17.00	20.00	15.06	4'660.70	16'767.36	419.18
08.02.2009	17.00	20.00	14.93	4'979.38	21'746.74	543.67

2. Calcul du bonus pour les opérations effectuées en des points où les cotations n'existent pas.

C'est le cas pour l'instant du point Wallbach à l'entrée de la Suisse où des achats peuvent être effectués mais pour lequel il n'existe pas de cotations publiées et représentatives d'un marché. On calcule la somme des volumes négociés pour de telles opérations. Si ceux-ci représentent 10% des volumes négociés aux points où des cotations existent, alors le bonus calculé pour ces derniers points est majoré de 10%.

On s'assurera cependant que la part des volumes ayant, le cas échéant, occasionné des pertes pour R. par rapport à la somme des volumes traités en ce point, n'est pas supérieure à celle calculée pour les points cotés. Si elle est supérieure, alors, la part du bonus calculée pour ce point sera réduite proportionnellement.

Exemple de calcul :

Totaux des volumes négociés au point NCG : 1'000 GWh
 Total du bonus obtenu pour ces opérations : 15'000 CHF
 Totaux des volumes négociés au point Wallbach : 100 GWh
 Les volumes négociés à Wallbach représentent 10% (soit moins de 20%) des volumes traités au NCG.
 Le bonus calculé aux points cotés est donc majoré de 10%.

Si des opérations ont été effectuées en des points pour lesquels les cotations n'existent pas, il sera procédé de façon proportionnelle aux gains réalisés sur les points où les cotations sont connues et ceci pour autant que ces opérations ne dépassent pas 20% du volume total traité. Dans cette hypothèse, une méthode déterminée par la direction de Gaznat sera adoptée.

Une part de 2.5% du montant annuel de ces gains revient au collaborateur ayant effectué ces opérations et constitue sa rémunération variable dans la limite suivante : en tout état de cause, la part variable ne pourra excéder un montant équivalent à 15% du revenu annuel fixe du collaborateur, sans indemnités et autres allocations spéciales. A noter qu'en cas d'activité à temps partiel, le revenu annuel fixe versé au collaborateur est pris en considération et non celui qui serait versé pour une activité à 100%.

Cette rémunération variable est déterminée au début de l'année suivant l'exercice considéré et est versée au collaborateur au plus tard à la fin du mois de février.

Le Comité de Gaznat est compétent pour trancher tout litige qui surviendrait dans l'application des principes énoncés ci-dessus.

Les présents principes de rémunération entrent rétroactivement en vigueur au 1^{er} janvier 2010.

Vevey, le 25.03.2010

14. Les 18 et 19 mars 2010, la demanderesse a participé au cours intitulé « 4th annual optimising back office » donné à Londres.

15. Le 9 avril 2010, la demanderesse a rencontré X._____ et B._____. Cet entretien a donné lieu à une note que la demanderesse n'a pas signée et dont il résulte qu'une copie du document du 10 mars 2010 relatif aux « Principes de rémunération admis par le Comité de R._____ le 10 mars 2010 pour le négoce effectué sur le marché court terme » a été remis à cette dernière. Lors de cette séance, la demanderesse a exposé avoir compris que la volonté de la défenderesse était de neutraliser l'effet des marchés.

16. Par courrier électronique du 19 avril 2010, la demanderesse a adressé à la défenderesse une proposition intégrale concernant ses conditions d'emploi et de rémunération, indiquant vouloir obtenir une réponse lors de la séance agendée au 17 mai 2010. La proposition de la demanderesse consistait à réduire son taux d'activité à 80% à compter du 1^{er} juin 2010, avec un développement du poste à discuter pour 2011. Elle souhaitait percevoir un salaire fixe correspondant à une activité à 80%, un salaire variable pour 2009 correspondant à 15% du salaire annuel 2009 et un salaire variable 2010 correspondant à 15% du salaire fixe 2010, plus 5% d'augmentation de salaire à partir du 1^{er} janvier 2011.

17. Par lettre du 30 avril 2010, la demanderesse a donné sa démission pour prendre effet à l'échéance du délai de six mois à compter du 1^{er} mai 2010, précisant qu'elle pourrait annuler sa démission si les parties parvenaient à un accord sur sa proposition lors de la séance du 17 mai 2010.

Le 17 mai 2010, la demanderesse a rencontré X._____ et B._____. Cet entretien a également fait l'objet d'une note qui n'a pas été signée par la demanderesse. Lors de cette rencontre, l'un des deux représentants de la défenderesse a dit à la demanderesse avoir été surpris de sa démission conditionnelle et lui a indiqué que la proposition de continuer la collaboration n'était pas prise en considération, précisant que le contrat se terminerait à la fin du mois d'octobre. Toujours selon cette

note, la demanderesse a pris acte – sans se positionner – du fait que pour 2009, la défenderesse maintenait que la formation dispensée durant la première année remplaçait le bonus.

18. Le 18 juin 2010, soit après la démission de la demanderesse, la défenderesse lui a remis une copie de la « directive relative aux achats court/moyen terme » qu'elle avait émise au début de l'année 2010 alors qu'aucune directive n'existait auparavant, et dont le contenu est le suivant :

Directive relative aux achats court/moyen terme

Destinataire : gestionnaire de portefeuille pôle court terme

Le Comité et le Conseil d'administration de R. ont accepté, lors de leur séance respective des 20 janvier et 5 février 2010, la politique de risques proposée par la Direction de R.. Un exemplaire de celle-ci est annexé à la présente. De cette politique de risques découlent des contraintes en matière d'achats à court/moyen terme.

Compétences de signature et engagements de transactions des gestionnaires de portefeuille pôle court terme

Les achats et ventes globaux à court/moyen terme sont limités à 1 MCHF par transaction et à un total de 3 MCHF par jour.

Ces limites sont augmentées à 3 MCHF par transaction et à 5 MCHF par jour sous réserve de l'approbation préalable écrite (proposition visée) du Responsable du Département Négoces et du Risk Manager. En cas d'absence de l'une de ces deux personnes, l'approbation manquante peut être requise auprès du Directeur général (approbation préalable écrite).

Ces limites sont augmentées à 5 MCHF par transaction et à 10 MCHF par jour sous réserve de l'approbation préalable écrite (proposition visée) de tous les membres du Groupe de suivi interne des risques (soit le Directeur général, les Responsables des Départements Négoces, Services généraux et Réseau ainsi que le Risk Manager).

Limites de risques

Les contraintes relatives aux indicateurs correspondants sont également à respecter. Leurs valeurs limites sont celles ressortant du document joint en annexe « Politique de gestion des risques énergie de R. » au point 7.5, page 17.

Le respect des différentes limites susévoquées est à vérifier avant de passer toute transaction. Ces points devront en tout temps être respectés.

Ces éléments peuvent être modifiés par décision du Conseil d'administration. Dans un tel cas, la présente directive sera mise à jour dans les meilleurs délais.

Remis à Mme O., à _____, le 18/06/10

Par la présente signature, je confirme avoir pris connaissance de cette directive et m'engage à m'y conformer :

Signature : _____

19. Dans le courant de l'été 2010, la demanderesse a demandé à pouvoir avancer à fin septembre la fin de son contrat de travail. La défenderesse a accepté.

Le 10 septembre 2010, les parties ont signé la convention suivante :

Convention de fin de rapports de travail entre

Mme O.

et

R. SA

Préambule

Par courrier du 30 avril 2010, Mme O. a fait part à son employeur, R. SA, de sa volonté de mettre un terme à son contrat de travail pour la fin du mois d'octobre 2010, conformément à son délai de résiliation de 6 mois pour la fin d'un mois. Par la suite, Mme O. a présenté à R. une demande de réduction du délai de résiliation d'un mois (fin septembre en lieu et place de fin octobre).

La présente convention fixe les modalités de ladite fin de rapports de travail anticipée.

Fin des rapports de travail

R. accepte que la fin des rapports de travail de Mme O. soit anticipée au 30 septembre 2010 en lieu et place du 31 octobre 2010.

En échange, Mme O. s'engage à mettre à disposition de R. 3 journées de travail de 8.5 heures chacune, à moduler en demi-journées ou autres, pour la formation de son successeur ou de toute autre personne venant renforcer l'équipe du négoce de R.

Ces périodes de formation auront lieu lorsque cette personne aura rejoint R., mais au plus tard d'ici au 31 mars 2011. Ces journées nécessiteront en principe le déplacement de Mme O. dans les bureaux de R. à et seront agendées d'un commun accord afin de respecter les impératifs professionnels de chacune des parties.

Mme O. s'engage également à faire son possible pendant toute la durée de test du nouveau système ETRM et à obtenir l'accord de son prochain employeur de la libérer pour ces trois journées de formation.

Solde de vacances

Les vacances correspondant aux 9 mois travaillés en 2010 se montent à 15.375 jours, arrondis à 15.5 jours. Pour le surplus, le solde de vacances 2009 de Mme O. se monte à 2.5 jours, laissant ainsi apparaître un solde total de vacances de 17.5 jours.

A ce jour, 9 jours de vacances ont été pris. Une absence est programmée les 22 septembre au matin, 17, 21 et 23 septembre tout le jour (3.5 jours). La demi-journée sera prise sur le solde de vacances, les 3 jours pleins sont portés en compte et seront rendus à R. par le biais de la formation que Mme O. s'engage à lui redonner. Les 8 jours de vacances qui n'auront pas été pris seront payés à Mme O. avec son dernier salaire mensuel de septembre.

R. SA

Mme O.

X.

Directeur adjoint

Z.

Directrice adjointe

20. Le 15 septembre 2010, le conseil de la défenderesse a écrit au conseil de la demanderesse pour proposer à cette dernière le versement d'un salaire variable brut de 26'750 fr. pour 2010, correspondant au

plafond fixé, pour solde de tout compte et de toute prétention, aucun salaire variable n'ayant été convenu pour 2009.

21. **a)** Une première expertise ordonnée en cours de procès a été confiée à Emmanuel Fragnière, professeur à la Haute école de gestion de Genève, à Carouge, qui s'est adjoint le concours du co-expert Patrick Pendergast. Les experts ont déposé leur rapport le 4 décembre 2012.

Préliminairement, les experts ont relevé qu'il s'agissait d'un cas de performance liée au risque et non seulement de la performance de la demanderesse qui a, selon eux, fait du très bon travail et qui mérite un bonus. Concernant le calcul du bonus, ils ont précisé que la formation ne devait pas être retenue dans ce calcul, que la somme se situait entre 100'000 fr. et 125'000 fr. pour chaque année de service chez la défenderesse, que si des « traders » au sommet pouvaient s'attendre à des bonus à hauteur de 20%, la performance de la demanderesse, qui dépasse les attentes, est de 10%. En revanche, le montant réclamé par cette dernière est beaucoup trop élevé en termes de prise de risque.

Les experts ont confirmé que le travail de la demanderesse consistait notamment en l'optimisation de l'approvisionnement de la défenderesse par la conclusion d'opérations d'achat/vente de gaz naturel sur le marché court terme lorsque les conditions de celui-ci sont préférables à celles proposées par les contrats d'approvisionnement long terme. En d'autres termes, le rôle de la demanderesse consistait à faire économiser de l'argent à la défenderesse en achetant du gaz à un prix inférieur à ceux prévus dans les contrats d'approvisionnement long terme. La condition du développement des affaires court terme a été amplement remplie par la demanderesse. Les achats « court terme » effectués par cette dernière n'étaient pas marginaux pour la défenderesse. L'activité du « desk trading » réalisée par la demanderesse a généré des revenus qui allaient au-delà des attentes, dans des conditions de marché très favorables. Si ses performances ont été exceptionnelles dès son entrée en fonction, leur qualification doit être mise en relation avec la prise de risque. Ses résultats ont toutefois été bien au-delà de ceux escomptés, et

ce avant même qu'elle ne suive la totalité des cours proposés par la défenderesse. Grâce à la demanderesse, la mise en place de la cellule « court terme » a été extrêmement rapide. Ne serait-ce que pour 2009, ses résultats correspondent aux prévisions des trois prochaines années et le nombre de transactions a augmenté de près de 500%, passant de sept à trente-cinq par mois.

Selon les experts, la défenderesse n'applique pas de mode de calcul pour le salaire variable qui doit en principe être versé après la clôture de l'exercice annuel, soit une fois les résultats connus. Un salaire variable équivalant à 20% du P&L (Profit & Loss) correspond à du « pure prop trading », à savoir à un risque élevé et à une difficulté élevée, dont on déduit certaines charges du département visé (salaire annuel fixe de l'employé, frais administratifs, frais de formation, etc). Le P&L brut correspond aux économies réalisées grâce aux achats spot par rapport aux contrats long terme existants. Le pourcentage calculé tend à être alloué à un collectif plutôt qu'à un seul individu, et ceci du moment où les coûts complets de l'équipe ont été déduits. A dire d'experts, le taux devrait être compris entre 5 et 10%, plus précisément entre 7 et 9% en l'espèce, dès lors que, pour l'année 2009, le P&L brut réalisé par la demanderesse s'est élevé à 26'937'121 fr. 08 et à 20'057'812 fr. pour l'année 2010 jusqu'au 30 septembre 2010, résultats exceptionnels qui n'avaient jamais été atteints jusqu'alors. Le P&L net correspond à la performance personnelle des achats spot par rapport à l'alternative d'achats mensuels. Pour l'année 2009, le P&L net réalisé par la demanderesse s'est élevé à 1'591'147 fr. et à 1'026'045 fr. pour l'année 2010 jusqu'au 30 septembre 2010. Considérant que la performance de la demanderesse a dépassé les attentes, les experts ont estimé que le taux applicable au P&L net réalisé par la demanderesse en 2009 se situait entre 7,5 et 10%, ce qui correspondrait à une somme allant de 119'336 fr. à 159'114 fr. 70, ces deux valeurs d'intervalle étant des « benchmarks » et la valeur finale choisie entre ces deux bornes étant faite à la convenance du management. Quant au taux applicable au P&L net réalisé par la demanderesse pour l'année 2010, il se situe entre 7,5 et 10% du P&L, ce qui correspondrait à une somme allant

de

76'953 fr. 40 à 102'604 fr. 50. D'après les experts, la rémunération variable de la demanderesse ne peut être comparée à celle d'un « trader » de gaz naturel faisant partie d'une maison de négoce. En revanche, elle peut l'être à celle d'un « trader » de gaz naturel dans le cadre d'une entreprise de fourniture de gaz à des collectivités publiques et privées (services industriels au sens large). C'est d'ailleurs la raison pour laquelle ils ont proposé de passer d'un taux de 20% à un taux de 7,5-10%.

Les experts ont confirmé que la défenderesse, qui a pour actionnaires tant des collectivités publiques ou parapubliques que des actionnaires privés, n'est pas une société de « trading » pure ; elle agit comme fournisseur de services industriels. Toutefois, dès lors qu'elle est équipée d'un desk de « trading », des règles de calcul de bonus doivent être établies au préalable dans le contrat d'engagement.

Il ressort également de l'expertise judiciaire que les cours de formation offerts par la défenderesse à la demanderesse lui ont coûté 29'291 fr. 35 en 2008 et 2009, ainsi que 15'427 fr. 78 en 2010. Les experts n'ont toutefois pas pris en compte ce paramètre dans le calcul du bonus final.

b) Par courrier du 12 juillet 2013, l'expert Emmanuel Fragnière a refusé de déposer un complément d'expertise. Il a confirmé que la défenderesse se livrait à des activités de « trading » de contrats à terme, que le taux de 20% correspondait à des cas qui concernent seulement des compagnies de « trading » agissant sur le marché essentiellement en tant que spéculateurs (ce qui n'est pas le cas de la défenderesse), que les chiffres indiqués provenaient des états financiers communiqués par la défenderesse et, à propos de la fourchette comprise entre 7,5 et 10%, il a déclaré qu'il était très difficile de la réduire uniquement sur la base du dossier, sauf à prendre la moyenne entre ces deux chiffres.

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 :

Approvisionnement gazier de R.

Ce texte est une description du cadre opérationnel de l'approvisionnement de R., avec d'une part des contrats à long terme avec de gros fournisseurs et d'autre part des achats à court terme sur le marché OTC. Cette description est basée sur les informations de X., directeur du négoce de R., lors de sa discussion avec Régis Künzli, le 3 juillet 2014. Elle a été transmise à X. pour contrôle et modifications éventuelles. Elle a ensuite été transmise à O. pour les modifications éventuelles nécessaires de son point de vue. La description correspond au cadre opérationnel en vigueur dans les années 2008 à 2010 (qui reste d'ailleurs en bonne partie valable actuellement).

L'approvisionnement de R. est basé principalement sur des contrats à long terme, sur 20 à 30 ans, avec de gros fournisseurs. Ces contrats servent de garanties pour les deux parties, d'une part pour les livraisons physiques à R., d'autre part pour les revenus financiers des fournisseurs. Ces contrats spécifient les volumes des livraisons annuelles, avec une certaine flexibilité, c'est-à-dire une marge entre le maximum dont le fournisseur garantit la livraison sur demande de R. et le minimum que R. s'engage à prendre. Le minimum est lié à une clause dite « Take or Pay », c'est-à-dire que si, dans un exercice annuel (au 30 septembre), R. prend moins que le minimum fixé, R. devra payer aussi le volume non pris, à titre de pénalité. Cette clause est toutefois adoucie, en ce sens que le montant de la pénalité est enregistré comme une avance sur les livraisons de l'année suivante (dont le minimum est toutefois augmenté du volume correspondant à la pénalité).

Les prix du contrat à long terme ont une certaine flexibilité. A partir d'une base fixée, ils sont ajustés à la hausse ou à la baisse, sur une base mensuelle ou trimestrielle, selon des indices des prix sur le marché des produits pétroliers, définis contractuellement.

Parallèlement aux contrats à long terme, un marché à court terme s'est développé en Europe dans les années 2000. Il s'agit de marchés OTC, c'est-à-dire pour des opérations de gré à gré, hors bourse officielle, avec des réglementations moins développées et contraignantes que dans les bourses officielles. Peu à peu, des règles ont été mises en place, notamment sous forme de contrats « types » (contrats EFET - European Federation of Energy Traders). Ces marchés sont alimentés par les grands fournisseurs et les grands distributeurs, qui interviennent sur le marché avec des opérations d'achat et de vente, soit au comptant, soit à terme sur un ou plusieurs mois. Dès le début des années 2000, les prix sur les marchés OTC européens ont été nettement plus bas (en général 10 à 20 euros le MWh) que les prix de contrats à long terme (en général 20 à 35 euros). En 2009, le prix moyen des contrats à long terme était d'environ 21 €/MWh contre 11 €/MWh sur les marchés.

Vu les grosses différences de prix, observées depuis 2005, entre contrats à long terme et marchés OTC, R. cherche à s'approvisionner autant que possible sur les marchés OTC tout en respectant les limites de volume minimal spécifiées dans les contrats à long terme. Les achats OTC permettent ainsi de réduire le coût moyen des achats. Ces réductions profitent aux actionnaires preneurs de R., auxquels les ventes de R. sont facturées au prix coûtant des achats de R. Pour R., il n'y a donc pas de bénéfice résultant de la réduction des coûts d'achat.

Pour déterminer le volume disponible pour des achats OTC, il faut

- procéder à des opérations d'optimisation dans le département de négoce de R. Dans le cadre de l'exercice annuel, il s'agit d'estimer les consommations probables, par mois et par jour.
- Puis de les comparer avec les achats minimums requis dans les contrats à long terme.
- Puis d'en déduire les volumes à acheter sur les marchés OTC. Dans l'organisation du département négoce de R., ce processus d'optimisation est confié à un « optimisateur ». A l'époque 2008-2010, l'optimisateur était appuyé par X. Depuis 2010, l'optimisateur a été appuyé par un « gestionnaire-risque », qui était à l'époque. Auparavant, les limites d'achats étaient déterminées par le responsable du département, dans le cadre fixé par les règles relatives aux compétences financières des collaborateurs.

Les volumes à acheter sur les marchés OTC étant définis, l'achat était confié à un « acheteur », à l'époque O. L'acheteur procède principalement avec des opérations au comptant, au jour le jour. Avec ces opérations, la livraison physique intervient le lendemain, sans aucune flexibilité. En cas de décalage entre l'approvisionnement et la consommation, une petite flexibilité peut être obtenue dans les limites de pression autorisée dans les réseaux. Le surplus de flexibilité doit provenir de l'approvisionnement des fournisseurs des contrats à long terme, avec le risque de provoquer une pénalité pour non-respect du minimum spécifié dans le contrat. On pourrait théoriquement imaginer qu'une flexibilité provienne des capacités de stockage de R. Ce n'est toutefois que très peu le cas, parce que la gestion du stockage doit être faite presque exclusivement pour les besoins saisonniers, selon règles définies en accord avec les actionnaires preneurs. Excepté pour la fin de l'hiver, une fois les risques de grands froids passés, c'est-à-dire pratiquement à la fin du mois de mars et ce jusqu'à la fin du mois de mai.

En cas de décalage entre approvisionnement et consommation, l'optimisateur doit donc en tenir compte pour déterminer les volumes d'achats OTC sur les périodes suivantes.

En plus des opérations au comptant, l'acheteur peut faire des opérations à terme sur le mois suivant ou au-delà, ceci dans un cadre autorisé par le gestionnaire de risque et par directeur du négoce. Dans ce cadre, l'acheteur opte éventuellement pour une opération à terme s'il estime ainsi obtenir un meilleur prix que l'évolution qu'il prévoit pour des opérations au comptant le mois suivant. Si son estimation se révèle exacte, la performance d'achat est améliorée. Et inversement si l'évolution des prix va à l'opposé de son estimation. Cette amélioration ou détérioration de la performance pourrait être calculée à posteriori en examinant l'évolution effective des prix.

Dans le cadre « intraday », il y a généralement des écarts limités des prix, de l'ordre de 0.5 euro. La performance de l'acheteur pour les opérations au comptant pourrait donc être appréciée dans cette perspective. Les indicateurs disponibles sur les marchés OTC ne sont toutefois pas suffisamment fiables pour une telle analyse, a fortiori pour la période 2008-2010 pendant laquelle les opérations « intraday » étaient difficilement possibles.

Que ce soit au comptant ou à terme, l'acheteur n'est pas autorisé à procéder à des opérations de vente à des tiers, sauf exception par exemple lorsque des quantités avaient été achetées (involontairement) au-delà des limites de risques prescrites. Il a alors fallu les revendre rapidement. Dans le cadre opérationnel décrit ci-dessus, le rôle de l'acheteur est limité exclusivement aux opérations d'achat. En général, la notion de trading inclut des opérations d'achat et de vente. Au-delà d'une querelle de terminologie, on peut considérer qu'il s'agit d'un trading d'achat.

Organisation des achats à court terme de R.

Activités de O. parallèlement aux opérations d'achat

1. Négociations de nouveaux contrats EFET

Les contrats EFET (European Federation of Energy Traders) fixent les conditions générales pour les opérations sur le marché à court terme du gaz. Ils servent de cadre de référence pour simplifier les opérations d'achat. Chaque contrat d'achat dans un cadre EFET spécifie uniquement 4 points : le lieu de livraison, la quantité, la période de livraison et le prix.

Les contrats EFET sont négociés entre deux contreparties.

R. bénéficie d'un contrat EFET avec Swiss Energy Trading (SET) ce qui lui permet de compléter son accès aux marchés, au même titre que les autres sociétés régionales suisses du gaz. Il est cependant à relever que R. a débuté son activité d'achats à court terme sur les marchés en 2005/2006, bien avant que SET ne soit créée(2009)

Swiss Energy Trading est une société contrôlée par Swissgas, la société nationale dont les sociétés régionales suisses du gaz sont actionnaires. Swissgas négocie les contrats à long terme d'approvisionnement en gaz qui sont d'intérêts commun pour toutes les sociétés régionales. Les sociétés régionales ont la possibilité de négocier elles-mêmes des contrats d'approvisionnement à long terme pour leur propre compte. Par exemple, R. a négocié un contrat d'approvisionnement et un contrat de stockage avec Gaz de France (maintenant GDF Suez).

Avant le mois de novembre 2008, R. avait déjà des contrats EFET avec un fournisseur allemand, RWE, et un fournisseur anglais, BP.

Un des objectifs fixés à O. consistait à établir de nouveaux contrats EFET individuels avec d'autres fournisseurs.

Ceci impliquait le développement de contacts commerciaux avec les traders ainsi que la préparation de documents et la négociation des clauses avec les équipes légales des contreparties; tout ceci en absence de rating et donc des documents standard nécessaires à la conclusion de ces contrats.

En général, les entreprises font une évaluation des risques « Contreparties » à partir des documents financiers de l'entreprise et du « rating » associé à cette entreprise. R. transmet bien les documents financiers sur demande mais ne dispose pas de tel « rating ». La solution qui a été trouvée par M. , prédécesseur de Mme O. ; est de fournir un extrait authentifié du contrat de partenaires que R. a avec ses actionnaires, extrait qui mentionne l'engagement des partenaires à couvrir les charges de R. Cette solution a été acceptée par les contreparties, parfois après quelques temps comme dans le cas de Vitol.

Durant son activité chez R., O. a préparé les contrats EFET avec différents fournisseurs, à savoir Essent Trading (à présent avec RWE), SET Swiss Energy Trading, Mercuria et Gaselys, et partiellement ALPIQ et Vitol.

Selon O. , Il s'est avéré impossible de conclure d'avantage de contrats EFET avec des contreparties n'acceptant pas le « statut spécial » de R. . Face à ce fait, sa stratégie était de créer l'antécédent d'un « record ZERO problèmes » avec un des plus grands Traders de Genève (Mercuria), afin de capitaliser sur cette bonne réputation et convaincre les autres de signer.

Depuis octobre 2010 R. a signé 9 contrats EFET, ceci sans changer la clause où est mentionné l'engagement des partenaires et sans devoir fournir de garanties particulières.

2. Organisation du processus décisionnel pour fixer les limites des achats à court terme

L'optimisation de l'approvisionnement entre le contrat à long terme et les achats à court terme nécessite des analyses délicates tenant compte des contraintes du contrat à long terme, de l'évolution de la consommation et des différentiels de prix. Ce processus est dirigé par le directeur du négoce, avec l'appui prépondérant de l'optimisateur, de même que, à partir de 2010, avec la participation du gestionnaire du risque. Le processus aboutit à la fixation de « fenêtres » spécifiant les limites des achats à court terme pour le jour ou le mois à venir.

Dans le cadre du « quality management », l'ensemble du processus a été étudié notamment par le prédécesseur de Mme O.

Les travaux réalisés par O. ont montré la nécessité de faire intervenir un outil informatique adéquat. En 2010, ce constat a débouché sur l'achat du logiciel ERTM (Energy Trading Risk Management), avec un budget d'investissement adéquat.

Selon O., ce n'était pas une tâche difficile mais les moyens disponibles ne suivaient pas le rythme. C'est le développement très rapide de l'activité commerciale, ainsi que le risque financier correspondant à la multiplication des opérations d'achat qui ont démontré la nécessité d'acquérir un outil informatique capable de gérer ce nombre grandissant d'opérations avec la rapidité nécessaire pour profiter des opportunités d'achat et minimiser le risque.

Le risque financier est une contrainte majeure. R. a toujours été particulièrement sensible à ce risque. Cette sensibilité s'est encore accrue en 2009 parce qu'une des sociétés régionales s'était trouvée en grave difficulté en 2008 pour n'avoir pas respecté le minimum d'achat du contrat à long terme. Cette appréciation du risque conduisait parfois à des divergences d'opinion entre le directeur du négoce et l'acheteur, notamment en 2009.

3. Développement du trading desk

Le processus décrit au paragraphe précédent se poursuit par les activités d'achats proprement-dit : l'acheteur "court terme" effectue alors les achats souhaités. Il est ensuite procédé au transfert des ordres aux opérateurs du dispatching afin qu'ils effectuent les nominations auprès des fournisseurs ainsi que les annonces aux gestionnaires des réseaux adjacents.

Un des objectifs fixés à O. consistait à poursuivre l'étude des processus initiée par le département Négoce avec son prédécesseur, en particulier le processus d'achat proprement dit et formaliser les procédures, notamment pour la comptabilisation des achats, les livraisons et la facturation.

Les travaux réalisés ont montré la nécessité de faire intervenir un outil informatique adéquat, afin d'améliorer la sécurité du processus (multiples saisies ou autres). En 2010, ce constat a débouché sur l'achat du logiciel ERTM (Energy Trading Risk Management), avec un budget d'investissement adéquat

Le travail de O. [] a permis d'améliorer le fonctionnement du trading desk.

Commentaire de O. [] : Je ne suis pas d'accord avec la description de mon travail comme simple « amélioration du fonctionnement » !

Compte tenu du fait que le nombre de transactions a été multiplié par 500% et que les résultats obtenus ont dépassé de très loin les prévisions qui avaient été faites par mon prédécesseur (voir allégués 31+32 et pièces correspondantes), l'activité commerciale a été développée jusqu'au maximum possible, dans les limites de risque permises, qui commençaient à être établies et en dépit des outils disponibles très limités, à savoir : l'absence d'un système informatique performant adapté, ainsi que de toute information de marché officielle – pas de Reuters ni d'autre source d'indicateurs de prix, de prévisions climatiques, ni d'évolution de prix ni des politiques, ni économie, etc. en temps réel et même pas d'abonnement à Platt's ! Souvent, la simple absence du Risk Manager ou de M. X. [] pour valider les limites nous empêchait réaliser des achats avantageux et la contrainte d'une heure limite pour réaliser des achats nous faisait rater des opportunités. Dans ces circonstances, le développement peut bien être qualifié d'exceptionnel.

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 Bühler 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.

(...). »

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

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 ; Rehbinder/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 pas 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) 30'00 fr à titre de participation aux honoraires de
) 0 . son conseil;
- b) 1'500 fr pour les débours de celui-ci;
) .
- c) 19'49 fr 60 en remboursement de son coupon de
0 . justice.

**Par ces motifs,
la Cour civile,
statuant à huis clos,
prononce :**

- I. Les conclusions prises par la demanderesse O. _____ contre la défenderesse R. _____, selon demande du 22 décembre 2010, sont rejetées.
- 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 demanderesse versera à la défenderesse le montant de 50'990 fr. 60 (cinquante mille neuf cent nonante francs et soixante centimes) à titre de dépens.

La présidente :

F. Byrde

La greffière :

M. Bron

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été communiqué aux parties le 9 février 2016, lu et approuvé à huis clos, est notifié, par l'envoi de photocopies, aux conseils des parties.

Les parties peuvent faire appel auprès de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal dans les trente jours dès la notification du présent jugement en déposant auprès de l'instance d'appel un appel écrit et motivé, en deux exemplaires. La décision qui fait l'objet de l'appel doit être jointe au dossier.

La greffière :

M. Bron