REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/16989/2019-4 **CAPH/135/2021**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 22 JUILLET 2021

Entre

A_____ SARL, sise _____ [GE], appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 4 février 2021 (JTPH/37/2021), comparant par Me Fabien RUTZ, avocat, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

Madame B_____, domiciliée _____ [GE], intimée, comparant par Me Zoé SEILER, avocate, boulevard des Philosophes 15, 1205 Genève, en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 27 juillet 2021.

EN FAIT

A. **a.** A_____ SARL est une société de droit suisse, sise à Genève, active dans le conseil en investissement dans le domaine de l'entrepreneuriat social et du capital-risque au niveau mondial.

C_____ est gérant-président de la société. D_____ et E_____ en sont les gérants.

b. Par contrat, rédigé en anglais, daté du 21 novembre 2016, B_____ a été engagée par A_____ SARL pour une durée indéterminée en qualité de "*Head of Investors Relations*", soit responsable des relations avec les investisseurs, à partir du 1er décembre 2016.

Ce contrat prévoyait, pour une durée hebdomadaire de travail de 40 heures, une rémunération de 200'000 fr. brut par année payée en douze mensualités de 16'666 fr. 66. Un bonus pouvait être versé à la discrétion de l'employeur.

"*Salary : CHF 200,000 gross per annum paid in 12 monthly instalments (CHF 16'666.66).*
Bonus : a bonus may be paid to you from time to time, at the discretion of the company.
Other : carried interest base on specific Fonds'allocation."

c. Simultanément au contrat, B_____ et A_____ SARL, laquelle souffrait d'un manque de liquidités connu de B_____, ont négocié oralement une annexe au contrat de travail, qui a été mis par écrit par A_____ SARL de la manière suivante :

"*It is agreed that the monthly salary paid until the incopropration (1st closing) of the F_____ Healthcare Fund* ([ci-après :] "*F_____")* *would amount to CHF 10'000. Upon the incorporation of the F_____, the company will pay you a catch up amount, for the period between 1 December and the incorporation date, as follows : - First closing at or above 50 million : CHF 6'666.66/month;*
- First closing between 40 AND 50 million : CHF 3'333.33/month."

Le salaire mensuel versé jusqu'à l'incorporation (1er *closing*) du Fonds Healthcare F_____ ([ci-après :] « F_____ ») s'élèvera à 10'000 fr. Lors de l'incorporation du F_____, un montant de rattrapage sera versé, pour la période entre le 1er décembre et la date d'incorporation, de la manière qui suit :

- premier *closing* à ou au-delà de CHF 50 millions : 6'666 fr. 66 par mois;
- premier *closing* entre CHF 40 et 50 millions : 3'333 fr. 33 par mois. (traduction libre).

d. Dès le 1er décembre 2016, A_____ SARL a versé à B_____ un salaire mensuel brut de 10'000 fr.

e. Le F_____ a été constitué quelques mois plus tard, étant relevé que la date exacte de son incorporation ne résulte pas de la procédure.

Il est admis par les parties que les investissements effectués n'ont pas atteint les seuils fixés dans l'annexe au contrat de travail.

f. En mai 2018, A_____ SARL a proposé à B_____ de reprendre le poste d'une de ses collègues démissionnaires, en tant qu'"Impact Manager", à compter du 1er juillet 2018.

g. Par courriel du 29 juin 2018, B_____, faisant suite à un entretien du mois de mai 2018, a confirmé à C_____ et à D_____ son intérêt pour le nouveau poste d'"Impact Manager". Selon ce qui avait été discuté entre eux, cette reprise de poste allait permettre à A_____ SARL de lui verser son salaire intégralement à partir du mois de juillet. Elle a précisé que, compte tenu de sa situation financière personnelle, elle n'aurait pas été en mesure de poursuivre son emploi aux conditions actuelles plus longtemps, ce qu'elle avait d'ailleurs déjà indiqué à C_____ en décembre 2017. Elle avait accepté d'être payée temporairement en dessous du salaire convenu à l'engagement, du fait de la situation de cash-flow tendue de A_____ SARL. Elle leur demandait de lui indiquer de quelle manière ils lui proposaient de lui verser les arriérés de salaire auxquels elle avait droit.

h. Par courriel du 17 septembre 2018 adressé à E_____, avec copie à C_____ et D_____, B_____ a indiqué que le montant de son salaire n'avait toujours pas été ajusté comme convenu, et l'arriéré relatif au mois de juillet 2018 non plus. E_____ lui avait pourtant assuré que tout allait être réglé et mis en place avec le salaire du mois d'août 2018. Elle était patiente et faisait confiance à son employeuse, mais elle trouvait la situation désagréable. Elle demandait à E_____ de bien vouloir faire le nécessaire.

i. Par courriel du 7 octobre 2018, adressé à C_____ et D_____, B_____ a, en substance, rappelé que cela faisait plus de deux ans qu'elle était rémunérée sur une base annuelle de 120'000 fr. alors qu'ils avaient convenu que son salaire était de 200'000 fr. avec un temps de décalage certes, mais qui ne devait pas se prolonger. L'entreprise lui devait aujourd'hui plus de 146'000 fr. Il lui semblait avoir été partiellement entendue lorsqu'ils lui avaient promis de la rémunérer pleinement à partir du mois de juillet 2018, ce qui n'avait malheureusement pas été le cas. Aussi, leur proposition de la rémunérer, dès ce mois, à 135'000 fr. par an, était en total décalage avec son contrat de travail.

j. B_____ a démissionné de son poste auprès de A_____ SARL pour le 31 décembre 2018.

k. Par pli recommandé du 20 mars 2019, B_____ a indiqué à A_____ SARL qu'elle n'avait pas renoncé au paiement de l'intégralité du salaire convenu au moment de la signature de son contrat de travail. Entre le 1er décembre 2016 et le 31 décembre 2018, vingt-cinq mois de rattrapage de salaire d'un montant de 6'666 fr. 66 par mois lui étaient encore dus, soit la somme totale de 166'666 fr. 50 brut.

l. Par retour de courrier non daté, adressé à B_____, A_____ SARL a contesté toutes les prétentions formulées par celle-ci en indiquant qu'il avait été convenu que son salaire serait calqué sur une limite supérieure de 200'000 fr., à la condition expresse que la société parvienne à obtenir la constitution du fonds F_____. L'annexe au contrat de travail qu'elle avait signée exposait clairement que la rémunération était de 120'000 fr. par année, avec une rémunération supplémentaire de 80'000 fr. par année si [le fonds] F_____ était constitué avec un capital initial minimum de 50 millions de francs, cette rémunération étant de 40'000 fr. si le fonds était constitué avec un capital initial entre 40 millions et 50 millions de francs. Le fonds en question n'avait jamais pu être constitué pour des raisons indépendantes de la volonté de la société. La condition suspensive librement convenue ne s'était donc pas réalisée.

m. Dans leurs correspondances ultérieures, A_____ SARL et B_____ ont maintenu leurs positions respectives.

B. **a.** Par demande du 25 juillet 2020, déclarée non conciliée le 11 septembre 2019 et introduite le 12 novembre 2020 devant le Tribunal des prud'hommes, B_____ a assigné A_____ SARL en paiement de la somme totale de 166'666 fr. 50, à titre d'arriérés de salaires, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1er janvier 2019, sous suite de frais et dépens.

Elle a préalablement conclu à ce qu'il soit ordonné à A_____ SARL de produire des fiches de salaire et/ou tout document permettant de déterminer les salaires pratiqués au sein de l'entreprise.

En substance, elle a allégué que l'annexe négociée oralement entre les parties ne constituait pas une renonciation de sa part au salaire contractuel convenu de 200'000 fr. Son employeuse se trouvait en manque de liquidités à la fin de l'année 2016 de sorte qu'elle avait accepté de recevoir momentanément un salaire réduit avec l'assurance de son employeur que le fonds F_____ allait être rapidement incorporé d'ici à mars 2017, ce qui amènerait des liquidités, et que dès l'arrivée de ces dernières la portion de son salaire impayée allait être rattrapée et son salaire plein enfin versé. Le fonds F_____ qui avait été constitué quelques mois plus tard n'avait cependant pas entraîné la levée de fonds attendue. Par ailleurs, en sus de ses responsabilités, elle avait repris certaines des fonctions de sa collègue à compter du 1er juillet 2018 et cette proposition avait été accompagnée de la

promesse de A_____ SARL de s'acquitter enfin du salaire convenu de 200'000 fr. Malgré tout, elle avait perçu un salaire mensuel de 10'000 fr., au lieu de 16'666 fr. 66, durant toute la durée des rapports de travail. Elle réclamait donc le paiement des arriérés de salaires non perçus entre le 1er décembre 2016 et le 31 décembre 2018, soit une somme totale de 166'666 fr. 50.

b. Par mémoire de réponse du 14 février 2020, A_____ SARL a conclu au déboutement de B_____.

Elle a allégué que les parties avaient convenu que la rémunération de base fixe de B_____ serait de 120'000 fr. par année, car elle n'était pas en capacité d'offrir un salaire aligné sur celui du marché pour des postes équivalents. B_____ pouvait être augmentée rétroactivement, jusqu'à concurrence d'un salaire annuel de 200'000 fr., à la condition suspensive que le fonds F_____ atteigne au minimum 40 millions de francs d'investissements. L'annexe au contrat de travail était absente de toute ambiguïté, de sorte que B_____ ne pouvait de bonne foi comprendre qu'elle allait recevoir, en tout état, une rémunération rétroactive et future de 200'000 fr., même si le fonds F_____ n'atteignait finalement pas le succès escompté. Lors de la négociation du contrat, elle avait annoncé à B_____ être sur le point de constituer le F_____ et qu'elle avait ainsi bon espoir qu'il connaisse un succès important, qui aurait permis de dégager des liquidités. Elle a contesté avoir annoncé que le fonds serait incorporé d'ici à mars 2017.

c. A l'audience du 18 juin 2020 du Tribunal, B_____ a persisté dans ses conclusions. Elle a déposé un mémoire contenant des allégués supplémentaires, portant sur les salaires des employés et des managers de A_____ SARL, et une réquisition de production d'une attestation ou d'un document permettant de déterminer le montant du salaire de D_____, de C_____ et de G_____, ainsi que d'une attestation LPP ou d'un document permettant de déterminer le montant du salaire assuré de ces derniers. Elle a justifié sa demande de production de pièces par le fait que A_____ SARL lui avait laissé entendre lors de la conclusion de son contrat, que tous les collaborateurs et les managers faisaient des efforts. Or, en septembre 2017, C_____ l'avait informée de ce que D_____ et H_____ avaient perçu chacun un salaire annuel de 400'000 fr. Elle avait alors réalisé qu'elle était en réalité la seule qui n'était pas payée conformément au salaire convenu. En novembre 2017, elle avait donc sollicité le paiement de son plein salaire. Elle a encore déclaré qu'en 2018, D_____ et C_____ avaient chacun perçu un salaire annuel de 360'000 fr. G_____, qui occupait un poste de gestionnaire de fonds, identique au sien en termes de responsabilité et de cahier des charges, avait perçu un salaire annuel de 225'000 fr.

A_____ SARL a persisté dans ses conclusions et s'est opposée à la production des pièces requises par B_____, au motif que celles-ci n'étaient pas pertinentes.

d. Par courrier du 3 juillet 2020, A_____ SARL a conclu au rejet des nouvelles conclusions prisent par B_____ dans son mémoire du 18 juin 2020. Elle a, en outre, contesté les allégués de celle-ci relatifs aux montants des salaires de ses employés.

e. Par ordonnance d'instruction et de preuves du 28 août 2020, le Tribunal a renoncé en l'état à ordonner à A_____ SARL la production des pièces requises par B_____.

f. A l'audience de débats principaux du 29 septembre 2020 du Tribunal, B_____ a indiqué que lors de la discussion portant sur son salaire lors de la conclusion du contrat, H_____ lui avait expliqué qu'au départ son plein salaire, de 200'000 fr. par année, n'allait pas pouvoir lui être versé car la société était en manque de liquidités et attendait une levée de fonds. Dans l'intervalle, il lui avait proposé d'être payée 10'000 fr. par mois et que lorsque la levée de fonds prévue au premier trimestre 2017 serait effective, son plein salaire de 200'000 fr. lui serait payé. Après réflexion, elle avait demandé à H_____ qu'un rattrapage de son salaire soit prévu pour les premiers mois d'activité si la levée de fonds était une réussite. Il avait ainsi été convenu que la moitié ou la totalité de la différence entre le salaire de 200'000 fr. et celui des premiers mois de 120'000 fr. lui serait versée en cas de succès du fonds, succès qui n'avait jamais été mis en doute par H_____. Il était donc clair pour elle qu'elle allait recevoir la totalité de son salaire à la fin du premier trimestre 2017. Elle n'aurait pas accepté de travailler pour un salaire annuel de 120'000 fr.

B_____ avait réclamé à son employeuse le paiement de son plein salaire en novembre 2017 quand elle s'était rendue compte qu'elle était la seule à ne pas être payée conformément à son contrat. C_____ avait alors admis que son salaire lui était dû et qu'il en discuterait la prochaine fois qu'il rencontrait ses partenaires au Luxembourg. Ensuite, elle avait relancé E_____, par téléphone plusieurs fois, sans obtenir de retours concrets. Lorsqu'elle avait repris le travail de sa collègue démissionnaire en 2018, D_____ lui avait affirmé oralement qu'elle allait être payée pour la totalité de son salaire à partir du 1er juillet 2018, date de la fin du contrat de sa collègue. Elle avait d'ailleurs confirmé ces éléments par un courriel fin juin 2018 mais n'avait eu aucun retour par la suite. En rentrant de vacances début août 2018, elle avait appelé C_____ pour savoir comment le passé allait être réglé et quand est-ce que l'ajustement de son salaire allait être effectif, dès lors qu'il devait être versé en plein dès le 1er juillet 2018. Ce dernier lui avait répondu qu'il n'y avait aucun problème, que cela allait être fait. Face à l'absence d'ajustement de son salaire au mois d'août 2018, elle avait contacté E_____. Il lui avait lui aussi assuré que son salaire allait être payé en totalité. Il lui avait dit qu'il était désolé mais que la société n'avait pas d'argent et que C_____ ne s'était pas rendu compte du niveau de son salaire. Elle avait eu ensuite une discussion avec C_____ et D_____ lesquels lui avaient indiqué que la société ne pouvait pas lui

payer le salaire complet. Ceux-ci lui avaient proposé un salaire annuel de 135'000 fr. dès le 1er octobre 2018, ce qu'elle avait refusé.

L'employeuse, représentée par D_____ et C_____, a expliqué avoir pensé engager B_____ avec un salaire de 200'000 fr. correspondant à la rémunération qui pouvait être offerte par une société qui allait bien, et de commencer avec un salaire de 120'000 fr. jusqu'à ce que des fonds soient levés. Il était inenvisageable de verser à B_____ un salaire de 200'000 fr. dès le premier trimestre 2017. Malgré le risque que la société courait au niveau financier, elle avait souhaité engager B_____ avec un salaire de 120'000 fr., car ils avaient pensé qu'elle allait pouvoir les aider à lever les fonds, lesquels auraient permis de payer son salaire. Le salaire de 200'000 fr. n'était pas lié à la performance de B_____, mais à son poste. Le contrat et l'annexe avaient été rédigés par la société. Ils avaient été soumis à B_____ en même temps. La situation financière de la société n'avait pas été en s'améliorant. Lors des discussions pour la reprise du poste de I_____, il avait été question d'appliquer le salaire équivalent à ce poste, soit 180'000 fr. En tout état, il ne pouvait s'agir d'un salaire de 200'000 fr. puisque la société ne disposait pas des fonds nécessaires. Toutefois, compte tenu de la trésorerie de la société, un salaire annuel de 135'000 fr. avait été proposé à B_____, ce montant devant être ultérieurement augmenté jusqu'au montant qui était payé à I_____, en fonction de la trésorerie de la société, au plus tôt au premier janvier 2019.

g. Dans leurs plaidoiries finales écrites, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

C. Par jugement JTPH/37/2021 du 4 février 2021, le Tribunal des prud'hommes, statuant par voie de procédure ordinaire, a, à la forme, déclaré recevable la demande formée le 12 novembre 2019 par B_____ contre A_____ SARL (ch. 1 du dispositif), rejeté la requête de B_____ visant à la production, par A_____ SARL, des fiches de paie et/ou de tout document permettant de déterminer les salaires pratiqués au sein de l'entreprise, d'une attestation ou d'un document permettant de déterminer le montant du salaire de D_____, de C_____ et de G_____ ainsi que d'une attestation LPP ou d'un document permettant de déterminer le montant du salaire assuré de ces derniers (ch. 2), et, au fond, a condamné A_____ SARL à verser à B_____ la somme brute de 166'666 fr. 50, avec intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 1er janvier 2019 (ch. 3), invité la partie qui en avait la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles (ch. 4) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 5). Le Tribunal a arrêté les frais de la procédure à 1'670 fr. (ch. 6), les a mis intégralement à la charge de A_____ SARL (ch. 7), les a compensés avec l'avance de frais de 1'670 fr. effectuée par B_____, qui restait acquise à l'Etat de Genève (ch. 8), condamné A_____ SARL à verser à B_____ la somme de 1'670 fr. (ch. 9) et dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 10).

En substance, le Tribunal a retenu que les parties divergeaient sur l'interprétation du contrat de travail et de son annexe, en particulier sur le montant du salaire de l'employée. La réelle et commune intention des parties ne pouvait pas être établie, compte tenu de leur interprétation diamétralement opposée dudit contrat et de son annexe, de sorte que les clauses contractuelles litigieuses devaient être analysées au regard du principe de la confiance et des règles générales d'interprétation. Dans le cadre de cette analyse, le Tribunal a retenu que les termes utilisés dans le contrat conclu entre les parties étaient clairs, s'agissant de l'existence d'une rémunération de base à laquelle pouvait s'ajouter des éléments variables, alors que le texte de l'annexe au contrat était beaucoup moins précis et comportait des clauses ambiguës. Il a considéré que le but de l'annexe était de régler les modalités de paiement différé du salaire de l'employée et non de modifier le montant du salaire convenu sans aucune équivoque dans le contrat de l'employée. En tenant compte du comportement des parties et de leurs déclarations, aussi bien antérieurement qu'au moment de la conclusion du contrat et de son annexe, les premiers juges ont considéré que de bonne foi, l'employée pouvait s'attendre, si le paiement de son salaire de 200'000 fr. avait dû être conditionné à la réalisation d'un certain événement, comme le prétendait l'employeuse, que cela soit prévu non pas dans une annexe, mais bien dans son contrat de travail. De même, si l'employeuse avait voulu prévoir un salaire fixe de 120'000 fr. brut par année, ce montant aurait dû apparaître comme tel sous la rubrique « salaire » du contrat de travail. En outre, B_____ avait constamment réclamé à son employeuse le paiement de ses arriérés de salaire considérant que celui-ci devait être de 16'666 fr. 65 indépendamment du succès du fonds F_____. Celle-ci avait ainsi, de bonne foi, compris que le salaire convenu était celui stipulé précisément dans son contrat et non les montants indiqués dans son annexe dont le texte est peu clair et ambigu, lequel devait être interprété en défaveur de A_____ SARL qui en était l'auteur.

D. **a.** Par acte déposé le 8 mars 2021 au greffe de la Cour de justice, A_____ SARL a formé appel de ce jugement, qu'elle a reçu le 5 février 2021. Elle a conclu à l'annulation des chiffres 3 à 11 de son dispositif, et, cela fait, à ce que B_____ soit déboutée de sa demande du 12 novembre 2019, sous suite de frais et dépens.

b. Dans sa réponse du 22 avril 2021, B_____ a conclu au déboutement de A_____ SARL de toute ses conclusions, sous suite de frais et dépens. Elle a formé un "appel joint", concluant à l'annulation du chiffre 2 du dispositif du jugement et à ce que la Cour ordonne à A_____ SARL de produire des fiches de paie et/ou tout document permettant de déterminer les salaires pratiqués au sein de l'entreprise, une attestation ou un document permettant de déterminer le montant du salaire de D_____, de C_____ et de G_____, ainsi qu'une attestation LPP ou un document permettant de déterminer le montant du salaire assuré de ces derniers, le jugement devant être confirmé pour le surplus.

c. Dans sa réponse à l'appel joint et réplique du 25 mai 2021, A_____ SARL a conclu à l'irrecevabilité de l'appel joint formé par B_____, et au déboutement de celle-ci de toutes ses conclusions, sous suite de frais et dépens.

d. Par réplique sur appel joint du 7 juin 2021, B_____ a persisté dans ses conclusions.

e. Les parties ont été avisées par plis du greffe du 8 juin 2021 de ce que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance, dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, est, comme en l'espèce, supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC).

Formé en temps utile et selon la forme prescrite par la loi auprès de l'autorité compétente (art. 124 let. a LOJ), l'appel est recevable (art. 130, 131 et 311 al. 1 CPC).

En tant qu'il porte exclusivement sur les conclusions prises préalablement par l'intimée tendant à ce que l'appelante produise des documents permettant de prouver ses allégués, l'"appel joint" formé par l'intimée n'en est pas un puisqu'elle conclut à la confirmation du jugement pour ce qui est du fond du litige. Ses conclusions seront ainsi traitées au titre de conclusions préalables en production de preuve.

1.2 La valeur litigieuse étant supérieure à 30'000 fr., la procédure est soumise aux maximes des débats et de disposition (art. 55 al. 1 et 58 al. 1 CPC).

1.3 L'appel peut être formé pour violation du droit et constatation inexacte des faits (art. 310 let. a et b CPC). Le juge d'appel dispose d'un pouvoir de cognition complet et revoit librement les questions de fait comme les questions de droit. En particulier, il contrôle librement l'appréciation des preuves effectuée par le juge de première instance et vérifie si celui-ci pouvait admettre les faits qu'il a retenus (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_153/2014 du 28 août 2014 consid. 2.2.3).

2. Les griefs de constatation inexacte des faits soulevés par l'appelante ont été pris en compte dans l'établissement des faits effectués par la Cour et seront discutés dans les considérants en droit de la présente décision, dans la mesure de leur pertinence.

3. Par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (art. 319 al. 1 CO).

Il n'est pas contesté que les parties sont liées par un contrat de travail au sens des articles 319 et suivants CO.

4. L'appelante reproche au Tribunal d'avoir violé l'art. 18 CO en procédant à une interprétation objective du contrat alors qu'il possédait tous les éléments lui permettant d'en effectuer une interprétation subjective.

4.1.1 A teneur de l'art. 322 al. 1 CO, l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective.

L'employeur ne peut réduire unilatéralement le salaire du travailleur sans que celui-ci ne donne son accord ou qu'une clause contractuelle le permette (arrêts du Tribunal fédéral 4A_434/204 du 27 mars 2015 consid. 3.2; 4A_552/2013 du 4 mars 2014 consid. 4.1; 4A_216/2013 du 29 juillet 2013 consid. 6.3).

L'art 322 al. 1 CO étant de droit dispositif, les parties peuvent conventionnellement diminuer le salaire en cours de contrat (arrêt du Tribunal fédéral 4A_370/2017 du 31 janvier 2018 consid. 3.1 et la jurisprudence citée). Un tel accord ne vaut toutefois que pour le futur et ne peut se rapporter à des prestations de travail déjà accomplies (arrêts du Tribunal fédéral 4A_434/204 du 27 mars 2015 consid. 3.2; 4A_552/2013 du 4 mars 2014 consid. 4.1; 4A_511/2008 du 3 février 2009 consid. 5.1).

Même si les parties peuvent décider d'un commun accord, en cours de contrat, de diminuer le salaire pour le futur sans observer une quelconque forme (art. 320 al. 1 CO), un accord tacite au sens de l'art. 6 CO, par exemple lorsque le travailleur a accepté à plusieurs reprises un salaire inférieur à celui convenu à l'origine, ne peut être reconnu qu'exceptionnellement. Aussi le juge doit-il faire preuve de retenue avant d'inférer du silence d'un travailleur, à la suite de propositions de modifications du contrat dans un sens qui lui est défavorable, l'acceptation de telles propositions; celle-ci ne peut être admise que dans des situations où, selon les règles de la bonne foi, du droit ou de l'équité, une réaction expresse du travailleur s'imposait en cas de désaccord de sa part (arrêt du Tribunal fédéral 4A_434/2014 du 27 mars 2015 consid. 3.2).

4.1.2 A teneur de l'art. 18 al. 1 CO, pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la véritable nature de la convention.

Pour déterminer le contenu d'un contrat, le juge doit rechercher, dans un premier temps, la réelle et commune intention des parties (interprétation subjective), le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices, sans s'arrêter aux expressions et dénominations inexactes dont elles ont pu se servir. Constituent des indices en ce sens non seulement la teneur des déclarations de volonté - écrites ou orales -, mais encore le contexte général, soit toutes les circonstances permettant de découvrir la volonté réelle des parties, qu'il s'agisse de déclarations antérieures à la conclusion du contrat ou de faits postérieurs à celle-ci, en particulier le comportement ultérieur des parties établissant quelles étaient à l'époque les conceptions des contractants eux-mêmes (ATF 144 III 93 consid. 5.2.2 et les références citées; arrêt du Tribunal fédéral 4A_58/2018 du 28 août 2018 consid. 3.1).

Si le juge ne parvient pas à déterminer la volonté réelle et commune des parties - parce que les preuves font défaut ou ne sont pas concluantes - ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté exprimée par l'autre à l'époque de la conclusion du contrat - ce qui ne ressort pas déjà du simple fait qu'elle l'affirme en procédure, mais doit résulter de l'administration des preuves -, il doit recourir à l'interprétation normative (ou objective), à savoir rechercher leur volonté objective, en déterminant le sens que, d'après les règles de la bonne foi, chacune d'elles pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre. Il s'agit d'une interprétation selon le principe de la confiance. La volonté interne de s'engager du déclarant n'est pas seule déterminante; une obligation à sa charge peut découler de son comportement, dont l'autre partie pouvait, de bonne foi, déduire une volonté de s'engager. Ce principe permet ainsi 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 (ATF 144 III 93 consid. 5.2.3; arrêts du Tribunal fédéral 4A_431/2019 du 25 février 2020 consid. 5.1 et les références citées et 4A_463/2017 du 4 mai 2018 consid. 4.1). L'interprétation objective s'effectue non seulement d'après le texte et le contexte des déclarations, mais également sur le vu des circonstances qui les ont précédées et accompagnées, à l'exclusion des évènements postérieurs (ATF 142 III 239 consid. 5.2.1).

L'interprétation subjective l'emporte sur l'interprétation objective. Si, contrairement à ce principe, le juge recherche d'emblée la volonté objective et estime que la volonté subjective divergente d'une partie, pourtant alléguée régulièrement et en temps utile, n'est pas pertinente, il viole les règles du droit fédéral sur la conclusion (art. 1 CO) et l'interprétation (art. 18 CO) du contrat (ATF 125 III 305 consid. 2b, 123 III 35 consid. 2b et 121 III 118 consid. 4b/aa; arrêt du Tribunal fédéral 2C_705/2017 du 10 août 2018 consid. 2.2.4).

Le sens d'un texte, apparemment clair, n'est pas forcément déterminant, de sorte que l'interprétation purement littérale est prohibée. Même si 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

ladite clause 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 cocontractants lorsqu'il n'existe aucune raison sérieuse de penser qu'il ne correspond pas à leur volonté (ATF 136 III 186 consid. 3.2.1 et les références citées).

4.1.3 L'art. 8 CC prévoit que chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit.

En principe, c'est au créancier d'établir les circonstances propres à fonder sa prétention, alors que c'est le débiteur qui doit établir les circonstances propres à rendre cette prétention caduque. En matière de droit au salaire tiré d'un rapport de travail, cette répartition du fardeau de la preuve signifie que le travailleur doit apporter la preuve des circonstances de fait nécessaires à démontrer la conclusion d'un contrat de travail, de même que le montant du salaire convenu (art. 322 al. 1 CO; arrêt du Tribunal fédéral 4A_743/2011 du 14 mai 2012 consid. 3.4; ATF 125 III 78 consid. 3b). L'employeur qui s'oppose au paiement dudit salaire doit démontrer l'extinction du rapport de travail ou de l'obligation de paiement (ATF 125 III 78 consid. 3b). Cette obligation lui incombe quelle que soit la cause de l'extinction (ATF 125 III 78 consid. 3b et les références citées).

Par ailleurs, il appartient à l'employeur d'établir les circonstances particulières permettant d'admettre que le travailleur a consenti tacitement à une réduction de salaire. De telles circonstances sont notamment réunies s'il est reconnaissable pour le travailleur que l'employeur table sur son accord (tacite) et que, sans cela, il prendrait des mesures déterminées ou procéderait à son licenciement (arrêts du Tribunal fédéral 4A_443/2010 du 26 novembre 2010 consid. 10.1.4; 4A_223/2010 du 12 juillet 2010 consid. 2.1.2 et les références doctrinales). Si tel est le cas, le travailleur doit alors exprimer dans un délai approprié son refus de la réduction salariale (arrêt du Tribunal fédéral 4A_434/204 du 27 mars 2015 consid. 3.2).

Le tribunal établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées (art. 157 CPC).

Les moyens de preuve sont notamment le témoignage, les titres et l'interrogatoire et la déposition des parties (art. 168 al. 1 CPC). L'interrogatoire et la déposition des parties sont de même rang et de même force probante, laquelle est équivalente au témoignage. Ils s'inscrivent dans le système de la libre appréciation des preuves institué par l'art. 157 CPC, selon lequel le juge décide selon sa conviction subjective si des faits sont prouvés ou non par l'interrogatoire (BÜHLER, Commentaire bernois CPC, 2012, n. 14ss ad art. 191-192 CPC). De simples allégations de partie, fussent-elles même plausibles, ne suffisent pas à prouver un fait, à moins qu'elles ne soient corroborées par des pièces qui accréditent la thèse

soutenue (arrêt du Tribunal fédéral 5A_4114/2012 du 19 octobre 2012 consid. 7.3).

4.2 En l'espèce, il résulte du texte clair du contrat de travail que le salaire de l'intimée a été fixé à 200'000 fr. brut par année. Ce document ne prévoit aucune condition au paiement de ce salaire, étant relevé que l'appelante a admis qu'il n'était notamment pas lié à des objectifs qui auraient dû être remplis par l'intimée, mais au poste occupé par cette dernière.

Il est également établi que, compte tenu des difficultés de trésorerie de l'appelante portée à sa connaissance, l'intimée a accepté de recevoir un salaire mensuel brut de 10'000 fr. entre le 1er décembre 2016 et l'incorporation du [fonds] F_____. Cela résulte de l'annexe au contrat ainsi que des déclarations concordantes des parties. Il est également expressément prévu dans l'annexe que si l'incorporation du [fonds] F_____ donnait lieu à un "*closing*" de plus de 40 millions de francs, alors l'intimée pourrait percevoir un rétroactif allant jusqu'à 6'666 fr. 65 par mois entre le 1er décembre 2016 et la date d'incorporation du F_____. Il n'existe aucune raison sérieuse de penser que le contenu du contrat et de son annexe ne correspondait pas à la volonté des parties.

Comme il est admis par les parties que le [fonds] F_____ n'a pas eu le succès escompté, sans pour autant que le "*closing*" ait été chiffré, l'intimée ne peut donc pas prétendre au versement d'un arriéré de salaire tel que convenu dans l'annexe à son contrat et seul un montant de 10'000 fr. brut par mois lui était dû entre le 1er décembre 2016 et l'incorporation du [fonds] F_____.

En revanche, l'annexe au contrat ne prévoit rien s'agissant du versement du salaire de l'intimée pour la période postérieure à l'incorporation du [fonds] F_____. Il n'est indiqué ni dans le contrat de travail ni dans l'annexe que le salaire de l'intimée serait de 10'000 fr. par mois en cas d'insuccès du fonds, ce montant n'étant prévu que jusqu'à l'incorporation du fonds.

Contrairement à ce qu'elle déclare aujourd'hui, l'appelante n'a pas pu vouloir, lors de la signature du contrat, que l'intimée perçoive un salaire autre que celui figurant dans le contrat de travail. Elle aurait, dans ce cas, fait figurer le montant de 120'000 fr. dans le contrat de travail, ce qu'elle n'a pas fait. Elle avait donc l'intention de verser, en dehors de la période transitoire convenue dans l'annexe, le salaire figurant dans le contrat de travail. D'ailleurs, lorsque l'intimée a réclamé le paiement de l'entier de son salaire de 16'666 fr. 65 par mois, l'appelante ne lui a pas répondu qu'il ne s'agissait pas du salaire convenu. Par conséquent, les parties ont bel et bien voulu, lors de la conclusion du contrat, fixer le salaire de l'intimée à 200'000 fr. par mois, hormis pour la période du 1er décembre 2016 jusqu'à l'incorporation du fonds. Certes, l'intimée connaissait les difficultés financières de l'appelante lors de la conclusion du contrat. Toutefois, elle ne pouvait pas savoir

que l'appelante s'était engagée à lui payer un salaire qu'elle n'était pas en mesure de lui verser.

Par la suite, aucun autre document écrit n'a été établi entre les parties s'agissant d'une modification du contrat de travail, même lorsque l'intimée a changé de poste. L'appelante n'a également pas allégué qu'un accord oral aurait été trouvé sur ce point. Elle se limite à faire valoir que l'intimée connaissait ses difficultés financières de sorte qu'il en découlait que le montant de 120'000 fr. devait perdurer. Or, pour sa part l'intimée a produit des courriers prouvant qu'elle entendait percevoir le salaire convenu dans son contrat de travail dès l'incorporation du fonds. Il ne peut ainsi être retenu qu'elle aurait tacitement accepté que son salaire soit durablement fixé à 120'000 fr. par année pour l'avenir. Enfin, l'appelante échoue à prouver l'allégation selon laquelle elle aurait clairement indiqué à l'intimée que le versement d'un salaire de 200'000 fr. ne serait pas possible sans la levée du fonds F_____, aucune preuve ayant été apportée - par pièce ou témoignage - à cet égard. Contrairement à ce que fait valoir l'appelante, le versement du salaire de 200'000 fr. brut par année n'a pas été conditionné à la levée de fonds, ni dans le contrat ni dans l'annexe ou tout autre document. C'est donc le contrat de travail qui prévoit le versement inconditionnel d'un salaire de 200'000 fr. brut par année qui est applicable pour la période postérieure à l'incorporation du [fonds] F_____.

La date d'incorporation du fonds ne résulte pas de la procédure. L'intimée a fait valoir devant le Tribunal que celle-ci devait intervenir à la fin du premier trimestre 2017. L'appelante, qui doit disposer de cette information, ne l'a pas portée à la connaissance du Tribunal ou de la Cour. Il convient donc de retenir que l'incorporation a eu lieu au plus tard le 1er avril 2017.

On relèvera, par ailleurs, que l'appelante a admis que la rémunération de l'intimée était liée à son poste et non à des objectifs à remplir par cette dernière. L'appelante n'a, d'ailleurs, produit aucun document permettant d'établir que l'intimée n'aurait pas rempli ses obligations contractuelles.

Enfin, il ne n'est pas pertinent que les autres cadres de l'appelante aient été pleinement rémunérés pendant la période où l'intimée a accepté une rémunération réduite, dès lors qu'ils avaient certainement conclu des contrats de travail dont les conditions étaient différentes. C'est ainsi à juste titre que le premier juge n'a pas donné suite à la requête de production de pièce de l'intimée tendant à prouver que les autres cadres de l'entreprise étaient rémunérés 200'000 fr. brut pas année, voire plus.

Par conséquent, l'intimée est en droit de prétendre au paiement de 6'666 fr. 65 du 1er avril 2017 au 31 décembre 2018 (21 mois), soit 139'999 fr. 86 brut.

Le *dies a quo* du départ des intérêts moratoires fixé par le Tribunal au 1er janvier 2019 n'est pas remis en cause en appel, de sorte qu'il peut être confirmé.

Le chiffre 3 du dispositif du jugement sera ainsi annulé et l'appelante sera condamnée à verser à l'intimée la somme brute de 139'999 fr. 86, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1er janvier 2019.

5. **5.1** Si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de première instance (art. 318 al. 3 CPC).

La répartition des frais judiciaires de première instance, dont le montant de 1'670 fr. n'est pas contesté par les parties, ne sera pas modifiée dans la mesure où le sort de la cause, eu égard à la valeur litigieuse en jeu, n'est que marginalement modifiée par rapport à la décision de première instance (art. 106 al. 1 et 107 al. 1 let. f CPC). La décision sur les frais de première instance sera donc confirmée.

5.2 Les frais judiciaires d'appel seront arrêtés à 1'600 fr. (art. 19 al. 3 let. c LaCC et art. 71 RTFMC), dès lors que la valeur litigieuse des conclusions encore litigieuses en première instance était de 165'000 fr. environ, et mis à la charge de l'appelante qui succombe presqu'intégralement (art. 106 al. 1 CPC). Ils seront compensés avec l'avance fournie par l'appelante, laquelle demeure acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

Il n'est pas alloué de dépens (art. 22 al. 2 LaCC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes, groupe 4 :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 8 mars 2021 par A_____ SARL contre le chiffre 3 du dispositif du jugement JTPH/37/2021 rendu le 4 février 2021 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/16989/2019.

Au fond :

Annule le chiffre 3 du dispositif du jugement et statuant à nouveau sur ce point :

Condamne A_____ SARL à verser à B_____ la somme brute de 139'999 fr. 86 plus intérêts à 5% l'an dès le 1er janvier 2019.

Confirme le jugement entrepris pour le surplus.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 1'600 fr., les met à la charge de A_____ SARL et les compense avec l'avance effectuée par cette dernière, laquelle demeure acquise à l'Etat de Genève.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens d'appel.

Siégeant :

Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, présidente; Madame Nadia FAVRE, juge employeur; Madame Ana ROUX, juge salarié; Madame Chloé RAMAT, greffière.

<u>Indication des voies de recours et valeur litigieuse</u> :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

<u>Valeur litigieuse</u> des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 15'000 fr.