



E _____ SA

Dom. élu :

Me Jean-Charles SOMMER
Place Longemalle 16
Case postale 3407
1211 Genève 3

Monsieur

T _____

Dom. élu : Me Joanna BURGISSER
Avenue de Frontenex 5
1207 Genève

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du mardi 15 février 2005

M. Richard BARBEY, président

Mme Suzanne BORGSTEDT VOGT et M. Jean-Claude BAUD, juges employeurs

MM. Bernard CASEYS et Victor TODESCHI, juges salariés

Mme Adélaïde BALP, greffière d'audience

EN FAIT

- A. Le 26 novembre 1980, E _____ SA, société active dans la vente de peintures, vernis et enduits ayant son siège à H _____, a engagé en qualité de coloriste T _____, ressortissant français au bénéfice d'un permis de frontalier. Le salaire mensuel brut a été initialement arrêté à 3'200 fr.

L'employé a par la suite été affecté au service de la clientèle dans l'arcade de E _____ SA. Sa rémunération brute s'est élevée en dernier lieu à 4'130 fr.

- B. Au début de l'été 2001, après avoir constaté une baisse importante du chiffre d'affaires et de la marge bénéficiaire de la société due à des coulages inexplicables, l'administrateur de E _____ SA, A _____, a mandaté le détective privé B _____. Ce dernier s'est rendu à deux reprises dans le magasin le mardi 24, puis le vendredi 27 juillet. T _____ l'a servi et lui a vendu lors de ses visites du matériel de peinture, en encaissant successivement 120 fr. puis 60 fr. sans établir de facture (pièce 1 dem. ; p.-v. du 29.8.2003).

Sur la base du rapport établi par le détective, E _____ SA a licencié son employé avec effet immédiat le mardi 31 juillet 2001, en lui remettant une lettre confirmant cette décision prise « pour la cause que vous connaissez ».

- C. En décembre 2001, A _____ au nom de E _____ SA a déposé plainte pénale pour abus de confiance auprès du Procureur général contre T _____. A l'appui de sa démarche, il a joint une attestation du 27 août 2001 de l'organe de révision C _____ SA, qui évoquait une marge brute usuelle de 40% – selon les chiffres communiqués par E _____ SA – tandis que les marges enregistrées s'étaient élevées à seulement 24,57% en 1999 et à 19,08% en 2000. Ont également été annexés d'autres décomptes établis par A _____ en collaboration avec C _____ SA, estimant notamment le manque à gagner sur les produits de peinture F _____ à 23'658 fr. 65 en 2000 et à 7'726 fr. en 2001, ainsi que sur les produits de carrosserie D _____ à 93'128 fr. 50 en 2000 et à 40'981 fr. en 2001. Un récapitulatif des résultats des dix dernières années mentionnait quant à lui des marges brutes réalisées par la société de 41% pour 1991, 40% pour 1992, 35% pour 1993, 38% pour 1994, 40% pour 1995, 36% pour 1996, 32% pour 1997, 40% pour 1998, 25% pour 1999 et 27% pour 2000 (pièces 3-10 dem. ; p.-v. du 29.8.2003 p. 5-7).

Après l'audition du prévenu par la police française, le Ministère public a classé la plainte pénale par décision notifiée aux parties le 13 mai 2002 (p.-v. du 29.8.2003 p. 1-2 ; du 23.1.2004 p. 4 ; du 5.12.2004 p. 1 ; pièces communiquées le 28.10.2003).

- D. Le 2 septembre 2002, E _____ SA a ouvert action devant le Tribunal des prud'hommes contre T _____, en concluant au remboursement des manques à gagner sur les produits F _____ et D _____ selon les chiffres déjà mentionnés dans la plainte pénale, au total de 165'494 fr. 15 plus intérêts. Elle lui a reproché d'avoir commis des détournements à l'origine de ces pertes.

Le défendeur s'est opposé à la demande et a réclamé reconventionnellement son salaire impayé de juillet 2001 (4'310 fr. ; p. -v. du 29.8.2003 p. 3), sa rémunération durant le délai de préavis (12'930 fr.) ainsi que le treizième mois *pro rata temporis* (3'591 fr. 60), une indemnité fondée sur l'art. 337c al. 3 CO (14'007 fr. 50), enfin des heures supplémentaires effectuées (5'196 fr. 65), sous imputation de 2'900 fr. Selon ses explications, A _____ aurait eu pour habitude de servir certains clients, en leur vendant de la marchandise au rabais sans établir de factures. Comme son salaire était payé avec retard, il avait personnellement procédé de la même manière en conservant pour ses besoins propres les sommes encaissées, pour un total de seulement 2'900 fr.

Le Tribunal a dans un premier temps statué par défaut à l'encontre de la demanderesse, qui a formé opposition en temps utile. Les parties, ainsi que des témoins ont ensuite été entendus.

Par jugement du 13 février 2004, le Tribunal a rejeté la demande principale, en estimant que la preuve du dommage allégué n'avait pas été apportée, sous réserve des détournements reconnus par le défendeur (mém. du 15.1.2003 p. 4 ; p.-v. du 29.8.2003 p. 2). Ses agissements constituaient un juste motif de congé. L'existence d'heures supplémentaires n'avait pas été établie. L'employeur a ainsi été condamné à payer 5'028 fr. 20 brut représentant le salaire de juillet 2001 majoré de la part du treizième mois et l'employé la somme nette de 2'900 fr. Un émoulement de 1'000 fr. a enfin été mis à la charge de la demanderesse pour les frais engendrés par son défaut.

- E. E _____ SA appelle de ce jugement dans la mesure où il a écarté sa demande, en considérant que la responsabilité de l'employé et le préjudice allégué n'avaient pas été établis. Elle dénonce une appréciation erronée des preuves et invoque à titre subsidiaire l'art. 42 al. 2 CO.

T _____ conclut à la confirmation de la décision attaquée sur ces questions. Par le biais d'un appel incident, il conteste à nouveau l'existence d'un juste motif de résiliation et reprend ses prétentions fondées sur l'art. 337c al. 1 et 3 CO. L'employeur s'oppose à l'appel incident.

- F. Les éléments suivants ressortent du dossier :

- a. Les locaux de E _____, au rez-de-chaussée du n° __ de la route G _____ à H _____, se composent d'une arcade et de quelques pièces réservées à l'administration donnant également sur la voie publique. En retrait se trouve un dépôt accessible aussi bien depuis le magasin, que depuis le secrétariat ou encore à partir d'un garage exploité par un tiers sur l'arrière de l'immeuble.

Un manutentionnaire réceptionne la marchandise livrée par les grossistes. Tous les employés ainsi que les représentants de l'appelante ont accès au stock ; chaque employé dispose de clés. Les employés peuvent prélever de la peinture pour leurs besoins personnels, après avoir établi des bons qu'ils remettent à A _____ ; ce dernier les conserve pendant quelques temps, puis les jette. A _____ prélève également pour lui-même de la marchandise du stock et il lui arrive d'en offrir à des clients (plan déposé le 26.7.2004 ; p.-v. du 29.8.2003 p. 4-6 ; du 23.1.2004 p. 1-3)

- b. Avec le concours des employés et des représentants, A _____ établit une fois par année un inventaire du stock. Il n'y a pas d'inventaires séparés pour le magasin (p.-v. du 29.8.2003 p. 5 ; du 23.1.2004 p. 3).
- c. Précédemment illettré, T _____ a commencé à travailler dans l'arcade de E _____ SA à partir de 1982 ou 1983. Progressivement, le service de la clientèle au comptoir lui a été confié (p.-v. du 29.8.2003 p. 3, 5 ; du 13.2.2004 p. 3).
- d. Né en 1950, marié et père de trois enfants, T _____ a retrouvé un emploi au mois de novembre 2001 dans une carrosserie, avec un salaire mensuel de 1'200 €.

EN DROIT

1. L'appel principal et l'appel incident sont recevables, ayant été interjetés dans les délais et suivant la forme prescrits (art. 59, 62 LJP).
- 2.1. A teneur de l'art. 321e al. 1 CO, le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence. Conformément à l'art. 8 CC, il incombe à l'employeur de prouver l'inexécution ou la mauvaise exécution par l'employé de ses obligations, le dommage, enfin le lien de causalité entre l'un et l'autre. A l'instar des autres responsabilités contractuelles, la faute du travailleur est pour sa part présumée (ATF 97 II 142 cons. 5/b ; STREIFF, Besondere Fälle der Haftung des Arbeitnehmers, Manko, Schäden am Geschäftsauto, Kalkulationsirrtümer, AJP 1997 p. 797 ; STAEHELIN, Commentaire zurichois, n. 32 ad art. 321e CO).

En la matière, les art. 42 à 44 CO sont aussi applicables par analogie à la détermination du préjudice et à l'étendue de la réparation, par renvoi de l'art. 97 al. 3 CO (ATF 97 précité ; JAR 2002 p. 180 cons. 4/b).

- 2.2. L'intimé a reconnu avoir vendu de la marchandise sans établir de factures et conservé pour ses besoins personnels 2'900 fr. encaissés auprès des clients. Sa responsabilité envers son ancien employeur est donc engagée sous l'angle des art. 321a et 321e CO pour ses actes intentionnels, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper d'éventuels motifs de réduction tirés notamment d'un risque professionnel (STREIFF, op. cit, p. 798, 801).
- 2.3. L'appelante prétend cependant avoir subi un dommage largement supérieur à raison des agissements de l'intimé.

Le degré de preuve pour les prétentions relevant du droit fédéral implique que le juge ne doit tenir un fait pour établi que s'il est convaincu de son existence selon des critères objectifs. Des doutes éventuels n'ont pas d'incidence lorsqu'ils demeurent insignifiants. En revanche, un fait ne peut normalement être tenu pour prouvé lorsqu'il apparaît simplement vraisemblable ou même très vraisemblable (ATF 128 III 271 = JdT 2003 I 606 cons. 2/b/aa).

Pour éviter que l'exercice d'un droit ne se heurte à des difficultés de preuves surgissant typiquement dans certaines situations, la loi ou la jurisprudence admettent des atténuations du degré de preuve requis au profit de la haute vraisemblance d'un fait, voire de son caractère simplement crédible. Ainsi, dans le domaine des actes illicites et de la responsabilité contractuelle (WEBER, Commentaire bernois, n. 219 ad art. 99 CO), l'art. 42 al. 2 CO permet au juge, lorsque le montant du dommage ne peut être établi avec certitude, de l'établir équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée. L'application de cette disposition suppose toutefois que la preuve stricte du préjudice ne soit pas possible ou ne puisse raisonnablement être exigée en fonction de la nature de l'affaire. La réduction des exigences en matière de preuve ne doit de surcroît pas conduire à un renversement du fardeau de la preuve. Il incombe donc au demandeur d'alléguer et d'établir toutes les circonstances permettant de conclure à l'existence du préjudice et de sa quotité (ATF 128 précité et les réf.).

- 2.4. L'appelante s'est uniquement fondée sur le rapport du détective privé qu'elle avait mis en œuvre ainsi que sur l'aveu de son employé reconnaissant des détournements à concurrence de 2'900 fr., pour imputer à ce dernier la totalité de la perte ou du manque à gagner enregistrée en 2000, puis en 2001 sur les lignes de produits F_____ et D_____, estimée à 165'494 fr. 15. Aucune explication précise n'a toutefois été donnée sur la manière dont ce chiffre et les quatre rubriques qui le composaient avaient été arrêtés. On ignore également comment les chiffres d'affaires théoriques et les coefficients figurant dans les décomptes (pièces 5-8 dem.) ont été calculés.

La plainte pénale déposée par l'employeur contre son employé licencié a par ailleurs été classée, sans que l'on en connaisse les raisons – le caractère civil du litige a simplement été évoqué durant l'instruction de la cause - alors que la décision du Ministère public a été signifiée à l'appelante.

L'instruction de la cause a encore fait ressortir que de nombreuses personnes avaient accès au stock, que les bons établis par les employés pour les produits qu'ils prenaient à des fins privées n'étaient pas conservés dans la comptabilité et que des clients desservis par l'administrateur ou par d'autres collaborateurs ont reçu des produits gratuitement ou à des prix de faveur, sans que des factures ne soient toujours établies de manière conforme à la réalité.

Enfin, des incertitudes subsistent, que les juridictions prud'homales n'avaient pas à combler malgré la maxime d'office instituée par l'art. 29 LJP (ATF 107 II 236 ; ATF n. p. du 26.3.2002 4P.297/2001). On ne sait par exemple pas pourquoi seules deux lignes de produits ont été prises en considération pour déterminer la perte justifiant la demande, plutôt que les différences des marges brutes des années 2000 et 2001. Des explications n'ont pas plus été données, expliquant les raisons pour lesquelles les marges brutes ont diminué en 1993, 1994, 1996 et 1997, par rapport à la marge de 40% tenue pour usuelle dans l'attestation de l'organe de révision.

En résumé, de trop nombreuses lacunes subsistent pour que l'on puisse songer à déterminer équitablement le dommage selon l'art. 42 al. 2 CO, à supposer même que la norme soit applicable à des situations telles que celles existant en l'espèce, ce qui paraît fort douteux. Le Tribunal, de son côté, a choisi à juste titre de n'admettre un préjudice qu'à concurrence de 2'900 fr.

- 3.1. L'appelante a licencié l'intimé aussitôt après avoir reçu le rapport du détective mandaté, établi le vendredi 27 juillet ou le lundi 30 juillet, en respectant donc les conditions posées en la matière par la jurisprudence (ATF 127 III 310 cons. 4/b).
- 3.2. Les détournements commis constituaient par ailleurs bien un juste motif de congé au sens de l'art. 337 CO (WYLER, Droit du travail, p. 336). L'employé a en effet conservé à son profit personnel l'argent encaissé et il n'a pas été établi qu'il aurait alors été créancier de son employeur. Il ne devait en effet percevoir son salaire qu'à la fin du mois de juillet.

L'intimé a objecté que l'administrateur de la société vendait des marchandises sans facture ou avec des rabais qui n'étaient pas toujours indiqués, mais de telles circonstances n'excusent pas son comportement, qui a bien été de nature à détruire irrémédiablement les rapports de confiance.

4. En fonction des remarques qui précèdent, le jugement attaqué – non contesté pour le surplus – sera entièrement confirmé.

L'employeur qui succombe sur ses conclusions, assumera la charge de l'émolument de deuxième instance.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 3,

A la forme :

Reçoit l'appel principal et l'appel incident du jugement rendu le 13 février 2004 par le Tribunal des prud'hommes dans la présente cause.

Au fond :

Confirme ce jugement.

Laisse à la charge de E _____ SA la charge de l'émolument d'appel versé (2'000 fr.).

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président