

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/31026/2010-3

CAPH/5/2013

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des prud'hommes

DU 15 JANVIER 2013

Entre

Madame A_____, domiciliée _____ (Genève), appelante d'un jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 10 mai 2012 (TRPH/689/2012), comparant par Me Guy ZWAHLEN, avocat, rue Monnier 1, 1206 Genève, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

d'une part,

Et

B_____, domiciliée _____ (Genève), intimée, comparant par Me Patrick UDRY, avocat, rue de la Rôtisserie 2, 1204 Genève, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

d'autre part.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 15 janvier 2013.

EN FAIT

- A.** Par jugement du 10 mai 2012 communiqué pour notification aux parties le jour même, le Tribunal des prud'hommes a déclaré recevable la demande en paiement formée le 30 décembre 2010 par B_____ (ci-après B_____) à l'encontre de A_____, de même que sa demande complémentaire du 10 juin 2011 (ch. 1). Il a rejeté la demande d'expertise formée par A_____ (ch. 2), a condamné cette dernière à payer à B_____ la somme brute de 41'250 fr., avec intérêts à 5% l'an dès le 30 juin 2001 (ch. 3), a prononcé la mainlevée de l'opposition formée par A_____ au commandement de payer, poursuite 1_____, à hauteur d'un montant de 41'250 fr., avec intérêts à 5% l'an dès le 30 juin 2001 (ch. 4), a dit qu'en conséquence la poursuite irait sa voie pour le montant susmentionné (ch. 5) et a débouté les parties de toute autre conclusion (ch. 6).
- B.**
- a.** Par acte expédié au greffe de la Cour de justice le 8 juin 2012, A_____ appelle de ce jugement, dont elle sollicite l'annulation. Elle conclut, à titre préalable, à la réouverture des enquêtes et à ce que la Cour ordonne une expertise *"en ce qui concerne les comptes de B_____, s'agissant de la comptabilisation des retours des bouteilles au magasin de C_____ pour la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2001, en particulier en ce qui concerne la machine D_____ et déterminer si faire se peut si les allégués de la B_____ en ce qui concerne les restitutions fictives de bouteilles sont exacts ou non"*. En outre, en page 17 de son appel, A_____ sollicite l'audition de E_____, l'expert comptable qu'elle avait mandaté dans le cadre de la procédure pénale et qui avait déposé à cette occasion en qualité de témoin.
- b.** B_____ conclut, sous suite de frais judiciaires et dépens, à la confirmation du jugement entrepris et s'oppose à la réouverture des enquêtes et à l'expertise sollicitée.
- C.** La Cour retient les faits pertinents suivants qui ressortent du dossier qui lui est soumis :
- a.** Par contrat de travail du 24 août 1987, B_____ a engagé A_____ en qualité de caissière.
- Dès 1990, A_____ a essentiellement, mais pas exclusivement, été affectée au service clients du magasin de C_____. Elle avait notamment pour tâches de rembourser les consignes des bouteilles vides rapportées par les clients au service clients et d'autres achats dont le remboursement était demandé.
- Au sein de ce même service, travaillaient régulièrement trois autres employées, F_____, responsable de la caisse, G_____, deuxième responsable, et H_____, troisième responsable qui assumait, en outre, la fonction de première remplaçante de A_____.
- A_____ ne travaillait ni les mercredis, ni les vendredis après-midi ni certains samedis.

b. Dès le 30 juillet 2000, B_____ a équipé son magasin de C_____ d'une nouvelle machine "D_____" au moyen de laquelle les clients pouvaient rendre leurs bouteilles en PET vides pour être automatiquement remboursés du montant de la consigne, à raison de 50 centimes par bouteille, sans passer par le service clients. Cette machine ne permettait toutefois pas de rendre et de rembourser les consignes des autres bouteilles (en verre ou avec une consigne de 30 centimes) et les harasses (avec consigne de 5 fr.) qui continuaient à être rendues et remboursées par le service clients.

Le remboursement des consignes des bouteilles en PET ne se faisait qu'exceptionnellement au service clients, lorsque la machine "D_____" tombait en panne ou lorsqu'un client souhaitait restituer un grand nombre de bouteilles à la fois.

Environ 3'000 bouteilles en PET vides étaient rendues et remboursées chaque semaine au moyen de la machine "D_____", alors qu'environ 20 harasses et 200 autres bouteilles l'étaient par le service clients.

c. Lors d'un inventaire au mois d'octobre 2001, B_____ a constaté que les remboursements relatifs aux bouteilles vides et aux harasses par le service clients étaient bien plus importants que d'ordinaire, de sorte qu'elle a confié une enquête à son service de surveillance et a fait une analyse des relevés de caisse. Il s'est ainsi avéré que le service clients avait remboursé un montant de 16'095 fr. entre les mois de juillet et d'octobre 2001, ce qui représentait plus du double du montant ordinaire des remboursements pour une même période.

d. Le 3 décembre 2001, B_____ a déposé une plainte pénale auprès du Procureur général, contre inconnu, pour abus de confiance, alléguant avoir subi un préjudice de plus de 130'000 fr. en deux ans, soit en 2000 et en 2001, compte tenu des remboursements effectués au service clients pour des retours fictifs de bouteilles vides.

D. Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure pénale dont l'apport a été ordonné par les premiers juges le 21 juin 2011 :

a. B_____ a exposé que de forts soupçons étaient dirigés contre son employée, A_____, dès lors que lorsque cette dernière travaillait au service clients d'importants retours de bouteilles vides et de harasses étaient enregistrés alors que ce n'était pas le cas lorsqu'elle était absente, en pause ou en vacances.

Elle a expliqué qu'elle n'effectuait pas de contrôle quotidien du nombre de bouteilles rendues et du montant des remboursements effectués. Cela étant, deux à trois sacs d'une contenance d'environ 170 bouteilles vides chacun étaient remplis chaque jour et renvoyés, selon la procédure ordinaire, tous les matins au magasin de la Praille. Le nombre global de retours de bouteilles et de harasses (un peu plus de 3'000 bouteilles par semaine) correspondait approximativement à 1'500 fr. de remboursements par semaine, par la machine "D_____" et par le service clients. Eu égard à ces éléments, B_____ a indiqué qu'environ 170 bouteilles étaient

déposées au service clients chaque semaine. Il en allait de même dans les autres magasins B_____ ayant le même système de retour de bouteilles (entre 3'000 et 3'300 bouteilles retournées chaque semaine). Sur la base de ces chiffres mis en rapport avec les remboursements effectués sans cause en 2000 et 2001, B_____ a chiffré son préjudice dû aux remboursements indus à 133'409 fr. (78'188 fr. en 2000 et 55'221 fr. en 2001).

b. B_____ a notamment produit à l'appui de sa plainte des pièces dont les listings des remboursements du service clients et un tableau annuel, concernant 2001, qu'elle avait fait dresser par un de ses collaborateurs. Elle a également dressé des graphiques indiquant les heures où les différentes employées étaient présentes au service clients, leurs pauses ainsi que le nombre de bouteilles restituées à ces différents moments. Ces documents sont fondés sur le journal informatique de la caisse clients, lequel a également été versé à la procédure pour les semaines 26, 28, 32, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43 et 44 de 2001. Outre ledit journal, B_____ a produit des copies de tous les tickets de caisse relatifs à des remboursements de bouteilles pour les semaines 36, 37, 38, 40, 41, 42, 43 et 44.

B_____ avait également produit un premier listing des bouteilles remboursées en 2001, dont certains montants ne correspondaient pas au tableau annuel sur lequel elle calculait son dommage. Elle a expliqué, dans la procédure pénale, que ces différences s'expliquaient par le fait que le premier listing de 2001 comprenait les remboursements de bouteille par le service clients et également des montants concernant la machine "D_____" (remboursements et recharges de la machine).

c. Lorsque A_____ travaillait au service clients, les remboursements de bouteilles étaient bien plus élevés que lorsque d'autres employées y travaillaient. Ainsi lorsqu'elle était en vacances, notamment lors des semaines 31, 32, 33, 34 et 42 de 2001, il n'y avait en moyenne que 77 fr. 80 par semaine de remboursements relatifs aux bouteilles vides restituées au service client uniquement. Durant la semaine 35, alors que A_____ venait de rentrer de vacances, la somme afférente aux remboursements de bouteilles s'était élevée à 1'357 fr. 70. La somme totale des remboursements de bouteilles au service clients pour les 45 premières semaines de l'année 2001 était d'environ 66'000 fr. La moyenne hebdomadaire de ces remboursements pour les 40 semaines où A_____ a travaillé était ainsi d'un peu plus de 1'600 fr.

En revanche, lors des vacances de F_____, les retours de bouteilles au service clients n'étaient pas moins importants que lorsqu'elle y était présente.

d. A_____ a produit un rapport émanant d'une société fiduciaire, basé sur les semaines 26, 28 et 32 pour lesquels les copies de tickets de caisse n'avaient pas été produites, faisant état "de sérieux dysfonctionnements au niveau de la gestion du service des caisses".

e. Le rapport de la police judiciaire fait état des ressources et dépenses des époux A_____ à la période des faits. Divers paiements extraordinaires ont été effectués par le couple durant les années 2000 et 2001 pour un montant total de 45'955 fr.

Leurs deux salaires s'élevaient alors à 7'600 fr. nets par mois (soit 3'300 fr. et 4'300 fr.) et leurs charges effectives à 6'569 fr. 70 (2'334 fr. 50 de loyer, 200 fr. d'assurance-vie pour les deux enfants, 808 fr. 50 d'assurance maladie, entre 500 et 600 fr. de frais de garde estimés, 612 fr. 60 de frais de leasing, 1'203 fr. 10 à titre de remboursement d'un crédit personnel octroyé par la BCG et 911 fr. à titre d'acomptes provisionnel) sans prendre en compte le montant nécessaire à l'entretien de base de la famille.

f. A_____ a contesté les faits qui lui étaient reprochés, reconnaissant toutefois qu'elle passait l'essentiel de son temps au service clients, généralement en compagnie de collègues, tout en étant affectée à d'autres tâches. Elle ne se rappelait pas avoir remboursé d'importants montants en rapport avec des bouteilles consignées. A cet égard, elle a expliqué qu'elle n'avait "pas le souvenir d'avoir procédé à des retours de bouteilles avoisinant par exemple les 600 unités dans la journée". Le nombre maximal de bouteilles qui pouvaient être restituées par un client était de 60. Il s'agissait d'un employé d'hôtel. Elle a indiqué qu'à une occasion, elle avait remboursé une centaine de bouteilles à ce client après avoir sollicité l'autorisation de son supérieur. F_____ lui avait demandé à plusieurs reprises d'établir de faux tickets d'achats pour une somme de 100 fr., les achats étant effectués grâce à la carte de crédit de celle-ci. A_____ a confirmé que les tickets de caisse versés à la procédure par la B_____ correspondaient au type de documents enregistrés dans le journal informatique lors des retours de bouteilles au service clients, mais a contesté les chiffres retenus par B_____ dans le calcul des retours et remboursements.

g. De nombreux témoins ont été entendus dans le cadre de la procédure pénale et il ressort de leurs témoignages qu'en 2001, il avait été constaté d'importants remboursements de bouteilles consignées et il s'était avéré que les remboursements de bouteilles par la caisse clients s'élevaient à environ 300 fr. par jour, sauf les mercredis, jours de congé de A_____. Avant cela, le montant usuel était estimé entre 30 et 40 fr. par jour, soit l'équivalent d'une soixantaine de bouteilles retournées.

Divers employés ont confirmé que A_____ était présente la majeure partie de son temps au service clients, parfois assistée d'une ou de deux autres personnes. Toutes les personnes intervenant sur la caisse du service clients utilisaient le même code. La machine "D_____" tombait parfois en panne. Les retours de bouteilles au service clients étaient peu fréquents, hormis dans le cas d'un employé d'hôtel qui ramenait parfois une trentaine de bouteilles en une fois. Celui-ci venait en général une fois par semaine. Les clients habituels rendaient cinq ou six bouteilles à la fois. A une occasion, un client avait toutefois ramené l'équivalent de deux sacs de 110 litres contenant environ 50 bouteilles chacun.

Plusieurs employées ont déclaré avoir eu des problèmes relationnels avec F_____, qui était une personne très froide.

I_____, magasinier au magasin de C_____, a indiqué que le nombre de bouteilles déposées dans la grille située au Service clients n'était pas élevé (inférieur à 200).

Selon J_____, responsable du système financier de B_____, il était exclu de faire des opérations de caisse telles que des remboursements ou des retours de marchandises depuis le serveur central du magasin de C_____, contrairement à ce que soutenait A_____.

- E. Par jugement du 31 mai 2006, le Tribunal de police a reconnu A_____ coupable d'abus de confiance pour avoir, en 2000 et en 2001, alors qu'elle travaillait en tant que caissière au sein du magasin B_____ de C_____, effectué des remboursements fictifs de bouteilles vides et conservé les montants ainsi obtenus, causant un préjudice de 133'000 fr. à son employeur. Il l'a condamnée à une peine d'un an d'emprisonnement avec sursis et délai d'épreuve de trois ans.

Il a réservé les droits de la partie civile.

Le Tribunal de police a retenu qu'il y avait effectivement eu des faux retours de bouteilles et donc des prélèvements indus dans la caisse du service clients. Il résultait du journal informatique de ladite caisse que, lorsque A_____ y travaillait, de très nombreuses bouteilles étaient rapportées en une seule fois (par exemple le 4 septembre 2001: respectivement 69 (9:16), 48 (10:02), 51 (11:12), 72 (15:03), 49 (15: 47), 42 (17:52) et 42 bouteilles rendues (18:46)). Le Tribunal a jugé que les retours de près de 50 bouteilles à la fois, ou parfois bien davantage, qui se produisaient plusieurs fois par jour d'après le journal informatique de la caisse, constituaient des faux retours de bouteilles.

Il a retenu que ces faux retours étaient le fait de A_____, laquelle était responsable du service client où elle passait la majorité de son temps de travail et où ces faux retours s'étaient produits. Les fortes disparités entre le nombre de remboursements de bouteilles lorsque A_____ était présente au service client ou absente n'avaient pas d'explication raisonnable, si ce n'était celle d'un comportement frauduleux de cette dernière.

Il a rejeté l'hypothèse d'une implication éventuelle ou d'un complot d'F_____, dès lors qu'il était établi que lorsque cette dernière était elle-même absente, les remboursements de bouteilles fictives ne connaissaient pas de diminution.

Il a jugé que les remboursements ne pouvaient pas être la conséquence de simples erreurs de manipulation de la caisse, vu l'importance des fluctuations et le caractère systématique des faux retours sur la période analysée. Il était au demeurant possible de prélever dans la caisse l'argent correspondant aux faux retours de bouteilles en une ou plusieurs fois durant la journée et sans que les

prélèvements ne correspondent nécessairement exactement aux retours typés, vu que de petites erreurs de caisse étaient tolérées et habituelles.

- F.** Par arrêt du 13 décembre 2006, la Chambre pénale de la Cour de justice genevoise a confirmé le jugement du Tribunal de police, en précisant toutefois que l'infraction ne portait que sur l'année 2001, dans la mesure où aucun document probant n'avait été produit pour l'année 2000. Le Tribunal avait respecté la présomption d'innocence de A_____ et correctement apprécié les preuves au dossier.
- G.** Cet arrêt a fait l'objet d'un recours de droit public interjeté par A_____ par devant le Tribunal fédéral, qui l'a rejeté. A_____ s'est plainte d'arbitraire dans l'appréciation des preuves et de la violation de la présomption d'innocence. Elle a soutenu que les chiffres retenus étaient faux et qu'il y avait eu en réalité autant de remboursements de bouteilles lorsqu'elle était présente au magasin que lorsqu'elle était absente, le listing informatique de 2001 divergeait du tableau annuel des remboursements établi par B_____.

Le Tribunal fédéral a considéré que même s'il était exact que certains montants figurant dans le listing de 2001 étaient effectivement plus élevés que les valeurs reproduites dans le tableau annuel, cette disparité s'expliquait par le fait que le listing de 2001 prenait en compte l'ensemble des remboursements effectués (par la machine "D_____" et par le service client), alors que le tableau annuel établi par B_____ ne prenait en considération que les remboursements effectués au sein du service client. Les différences n'étaient dans tous les cas pas déterminantes, puisqu'elles avaient été relevées pour pratiquement chaque semaine de l'année en cause, et non pas seulement lorsque l'employée était en vacances.

Le Tribunal fédéral a constaté que la Chambre pénale n'avait ainsi pas procédé à une appréciation arbitraire des preuves et qu'au terme de cette appréciation, il ne subsistait pas de doute sérieux et irréductible quant à la culpabilité de A_____, raison pour laquelle il a rejeté son recours.

- H.** Par courrier du 11 mai 2007, B_____ a invité A_____ à lui régler les indemnités allouées à titre de participation aux honoraires d'avocat ainsi qu'à lui faire parvenir une proposition de règlement du dommage causé.

A_____ a contesté le dommage subi par B_____, soutenant que B_____ avait indiqué pour la première fois dans ses écritures au Tribunal fédéral que les chiffres du tableau annuel différaient des chiffres du listing informatique de 2001 en raison du fait que ce dernier comprenait également les remboursements de la machine "D_____" et non pas uniquement les remboursements de la caisse clients. Il s'agissait d'un fait nouveau au sujet duquel elle n'avait pas pu s'exprimer.

B_____ a contesté qu'il s'agissait d'un fait nouveau, exposant qu'elle s'était limitée, dans le cadre de la procédure devant le Tribunal fédéral, à indiquer que le premier listing produit devait être écarté au profit des listings plus récents, dans la

mesure où ce premier listing recensait également les remboursements des bouteilles effectués par la machine "D_____" et les rechargements de la machine.

- I. a.** Par demande du 30 décembre 2010, B_____ a assigné devant le Tribunal des prud'hommes A_____ en paiement du montant de 55'000 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 30 juin 2001, à titre de dommages-intérêts. Par demande complémentaire déposée à l'office postal en date du 10 juin 2011, B_____ a amplifié ses conclusions en demandant à ce que la mainlevée de l'opposition faite par A_____ au commandement de payer, poursuite numéro 11 149046W, soit prononcée.

Pour établir son dommage dont le montant exact n'était pas connu, B_____ a procédé à la comparaison entre le montant annualisé des remboursements de bouteilles vides usuellement effectués au service client, c'est-à-dire approximativement, par jour, 30 bouteilles et 2 harasses, avec le montant total des remboursements enregistrés à la caisse du service client. Elle en a déduit les remboursements de bouteilles vides faits par le biais de la machine "D_____", ainsi que le retour des bouteilles vides dont la consigne s'élevait à 30 centimes. Elle a ainsi allégué un dommage, pour l'année 2001 uniquement, de 55'221 fr. 50.

Sur le plan du droit, elle a invoqué la responsabilité contractuelle de A_____ pour la violation de son obligation de fidélité à son égard, toutes les conditions étant réalisées. Par ailleurs, aucune réduction en équité du montant du dommage ne s'imposait.

- b.** Par mémoire réponse déposé au greffe du Tribunal des prud'hommes le 14 mars 2011, A_____ a conclu au déboutement de B_____.

Elle a remis en cause toute responsabilité de sa part en contestant les faits établis et retenus par les instances pénales.

Ainsi, elle a soutenu qu'elle ne passait pas tout son temps au service clients et que d'autres personnes s'occupaient également de la caisse de ce service, de sorte qu'il n'était pas possible de déterminer quelles transactions pouvaient lui être imputées. Elle a indiqué que la machine "D_____" tombait assez souvent en panne, faisant valoir que de nombreux remboursements se faisaient au service clients. Elle a rappelé que F_____ avait fait des transactions "à la limite du règlement", pour jeter sur elle le discrédit, sans pour autant démontrer le lien que cette dernière aurait eu avec les remboursements fictifs.

Elle a également insisté sur le fait que le tableau produit par B_____ était erroné et non exhaustif, puisque cette dernière y avait reporté les remboursements et les recharges de la machine "D_____" uniquement les jours où elle travaillait en omettant volontairement de les reporter lorsqu'elle était absente. B_____ augmentait ainsi les remboursements comptabilisés durant les heures de travail de A_____ pour l'incriminer. Les relevés informatiques d'opérations de caisse auraient pu être manipulés par un tiers mal intentionné et ne comportaient pas

toutes les données relatives aux semaines 37 à 44. Seules la cheffe caissière et ses deux adjointes avaient accès aux coffres où les caisses étaient entreposées le soir, et auraient dès lors pu y effectuer des prélèvements, ou même intervenir sur les décomptes de caisse.

A_____ a affirmé que la justification avancée par B_____ devant le Tribunal fédéral pour permettre d'expliquer les remboursements importants opérés lorsqu'elle était en vacances - à savoir des recharges de la machine "D_____" - n'était pas soutenable.

Elle a en sus établi ses propres tableaux et graphiques, censés refléter fidèlement les données contenues dans le listing informatique relevant tous les retours de bouteilles effectués au sein du magasin de C_____ du 2 janvier au 28 décembre 2001.

Sur le plan du droit, elle a fait valoir que sa partie adverse n'était pas parvenue à apporter la preuve qu'elle était bien l'auteur des remboursements fictifs. Dès lors, aucune faute ne pouvait lui être imputée et, ce d'autant moins qu'un certificat de travail élogieux lui avait été délivré. Au surplus, le dommage allégué par B_____ n'avait pas été prouvé, vu qu'aucun contrôle quotidien des opérations n'était effectué. Le dommage n'était qu'une estimation et non une preuve stricte.

c. Les parties et plusieurs témoins ont été entendus par le Tribunal.

K_____, chef du service de sécurité de B_____ et représentant de celle-ci, a expliqué que pour chaque remboursement, il était possible de vérifier dans le détail les tickets et d'identifier ce à quoi il correspondait. Ainsi seuls les tickets relatifs à des remboursements de bouteilles ou de harasses par la caisse clients avaient été relevés par B_____ dans son tableau annuel.

Le listing de caisse journalier avait été mis en relation avec le relevé des horaires de chaque employée occupée au service client, de sorte qu'il avait permis de constater que lorsque A_____ se trouvait à la caisse du service clients, les remboursements de consignes de bouteilles étaient très importants et inversement lorsqu'elle ne se trouvait pas à la caisse. S'agissant du listing qui ne correspondait pas au tableau annuel, il a expliqué ne pas avoir travaillé avec ces documents dans le cadre de l'instruction pénale car ils comprenaient les montants remboursés par la machine "D_____" et l'apport de monnaie introduit dans la machine, alors que le tableau annuel ne comprenait que les remboursements opérés depuis la caisse clients, soit les remboursements litigieux. Le magasin des Eaux-Vives, d'une taille similaire à celui de C_____, remboursait dix fois moins de bouteilles et de harasses que ce dernier.

L_____ a relaté qu'un employé d'hôtel déposait au minimum une fois par semaine un sac d'une contenance de 110 litres rempli d'une trentaine de bouteilles.

M_____ a indiqué que, lorsqu'elle était occupée au service client, la machine "D_____" était toujours en état de marche et rechargée d'environ 250 fr. à 300 fr. de monnaie deux et trois fois par semaine.

N_____, chef de projet informatique ayant réalisé à la demande de A_____ un tableau prenant en compte les chiffres du listing informatique 2001 divergents du tableau annuel établi par B_____, a pu vérifier que, peu importe les documents sur lesquels il se fondait, il apparaissait que lorsque A_____ était absente, les valeurs de remboursement étaient faibles et à l'inverse, que lorsqu'elle était présente, ces mêmes valeurs étaient systématiquement élevées.

Sur la base de ces éléments, le Tribunal a rendu le jugement attaqué.

- J.** L'argumentation des parties devant la Cour sera reprise ci-après dans la mesure utile.

EN DROIT

- 1.** **1.1** Aux termes de l'art. 405 al. 1 CPC, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (RS 272), les recours sont régis par le droit en vigueur au moment de la communication de la décision entreprise. S'agissant en l'espèce d'un appel dirigé contre une décision notifiée après le 1^{er} janvier 2011, la présente cause est régie par le nouveau droit de procédure.

1.2 Selon l'art. 308 CPC, l'appel est recevable contre les décisions finales et incidentes de première instance, lorsque, dans les affaires patrimoniales, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins.

Écrit et motivé, il doit être introduit auprès de l'instance d'appel dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC). Il peut être formé pour violation du droit et constatation inexacte des faits (art. 310 CPC); la Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen.

1.3 En l'espèce, déposé selon la forme et dans un délai de trente jours prescrit par la loi, dans un litige dont la valeur dépasse 10'000 fr., l'appel est recevable.

1.4 Lorsqu'il s'agit d'examiner l'application du droit de procédure par l'instance inférieure, il convient de se reporter à l'ancien droit que le premier juge devait alors appliquer (art. 404 al. 1 CPC; TAPPY, Le droit transitoire applicable lors de l'introduction de la nouvelle procédure civile unifiée, in JdT 2010 III 39), soit en l'occurrence l'ancienne loi de procédure civile genevoise du 10 avril 1987 (aLPC).

- 2.** L'appelante invoque en premier lieu une violation des art. 183 CPC et 8 CC en raison du refus des premiers juges d'ordonner une "expertise comptable des pièces du dossier".

2.1 La Cour relève, avant toute chose, que l'art. 183 CPC n'était pas applicable en première instance, l'ancienne loi de procédure genevoise ayant régi cette cause.

Sous l'ancienne loi de procédure, l'art. 255 aLPC, applicable par le renvoi de l'art. 11 al. 1 aLJP, prévoyait également la possibilité pour le juge de recourir à un expert. Comme toute mesure probatoire, le recours à l'expert n'a pour objet que d'établir des faits, ces derniers se distinguant par leur complexité et par leur caractère technique (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise n. 3 ad art. 255 aLPC).

A teneur de l'art. 196 aLPC, le juge apprécie librement les preuves. Il est admis qu'il procède à une appréciation anticipée et refuse d'administrer une preuve s'il est convaincu que le moyen proposé, à supposer même qu'il aboutisse, ne serait pas de nature à influencer le résultat des mesures probatoires (BERTOSSA, op. cit., n. 3 ad art. 196 aLPC). Une offre de preuve, c'est-à-dire la requête en vue de faire administrer une preuve ou un des moyens admis par la loi ne peut donc être écartée que si les faits allégués ne sont pas pertinents ou pas suffisamment circonstanciés (ATF 105 II 144 ; ATF 98 II 117), si la preuve requise est interdite par la loi cantonale ou fédérale, lorsque le moyen de preuve invoqué n'est pas propre à former la conviction du juge (ATF 82 II 495, JdT 1957 I p. 301ss), ou encore si le moyen de preuve requis n'est pas de nature à modifier la conviction du juge fondée sur d'autres éléments déjà acquis à la procédure (ATF 109 II 31).

2.2 L'art. 8 CC dispose que chaque partie doit, si la loi ne prescrit pas le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Cette disposition confère en outre le droit à la preuve et à la contre-preuve, mais non le droit à des mesures probatoires déterminées. Elle ne s'oppose ni à une appréciation anticipée des preuves, ni à la preuve par indice. Le juge viole l'art. 8 CC s'il omet ou refuse d'administrer des preuves sur des faits pertinents et régulièrement allégués ou s'il tient pour exactes les allégations non prouvées d'une partie, nonobstant leur contestation par l'autre. En revanche, lorsque l'appréciation des preuves convainc le juge qu'une allégation de fait a été établie ou réfutée, la répartition du fardeau de la preuve devient sans objet. L'art. 8 CC ne saurait être invoqué pour faire corriger l'appréciation des preuves, qui ressortit au juge du fait (arrêt du Tribunal fédéral 4C.326/2003 du 25 mai 2004 consid. 3.6 et les références citées).

2.3 En l'espèce, les premiers juges ont procédé à une appréciation anticipée des preuves et ont considéré que les faits avaient pu être valablement établis, sur la base du dossier pénal et de leur propre instruction, de sorte qu'il était sans pertinence d'ordonner une expertise. Les premiers juges ont en outre procédé à l'audition des témoins sollicitée par les parties et notamment à l'audition de N_____, qui avait été mandaté par l'appelante pour établir des tableaux comportant les chiffres du listing 2001. Ce dernier a confirmé que, sur la base de ses propres calculs, les remboursements de consignes de bouteilles étaient faibles lorsque l'appelante était absente du service clients et qu'à l'inverse, lorsqu'elle était présente, les remboursements étaient systématiquement élevés.

Sur la base de ces nombreux éléments, les premiers juges ont rejeté à bon droit la demande d'expertise, laquelle n'était pas de nature à influencer le résultat des mesures probatoires administrées et leur conviction.

2.4 Devant la Cour, l'appelante requiert également la réouverture des enquêtes et, en particulier, une expertise.

A teneur de l'art. 316 al. 3 CPC, l'instance d'appel peut administrer des preuves.

Toutefois, à l'instar des premiers juges du Tribunal des prud'hommes et des juges pénaux ayant condamné l'appelante, la Cour considère que l'avis d'un spécialiste n'est pas nécessaire en l'espèce, les documents produits par les deux parties et les témoignages recueillis permettant d'établir les faits et d'apprécier les preuves. Une analyse comptable n'est pas pertinente, dès lors que les faits à établir, c'est-à-dire la question de savoir si les remboursements ont excédé le nombre de bouteilles rendues et l'identification de l'auteur de ces remboursements, peuvent se déterminer sur la base des pièces produites et des témoignages, sans qu'aucune question complexe de comptabilité ne se pose. Le nombre de bouteilles véritablement restituées ne peut être qu'estimé, compte tenu du fait que les bouteilles restituées ne faisaient pas l'objet de décomptes, et, à cet égard, il convient de se référer aux témoignages concordants recueillis, dans le cadre de l'instruction de la présente cause et de la cause pénale, qui fournissent cette estimation. De plus, l'appelante veut désormais démontrer, au moyen d'une expertise, que les remboursements de consignes et les restitutions de bouteilles au service clients étaient bien plus importants que ce qui a été retenu jusqu'à présent par les premiers juges, alors qu'il a été établi, en particulier grâce aux témoignages concordants recueillis lors de l'instruction pénale sur ce point, ainsi que sur la base des affirmations de l'appelante elle-même, que le nombre ordinaire de retours de bouteilles par jour ne dépassait pas soixante. Une expertise ne saurait annihiler la preuve de ce fait, qui ne revêt aucun caractère technique et qui est corroboré, de surcroît, par de nombreux éléments du dossier.

Il n'y a pas lieu non plus de réauditionner le témoin E_____ dans le cadre de la présente procédure, dès lors que son témoignage figure d'ores et déjà dans le dossier. De plus, son témoignage concernant les lacunes dans la procédure de comptabilisation de l'intimée n'est pas de nature à modifier l'appréciation par la Cour.

Ainsi, la Cour rejettera la demande d'expertise de l'appelante et, pour les mêmes motifs, l'audition du témoin E_____.

- 3.** L'appelante reproche ensuite aux premiers juges, "au niveau de l'analyse des faits probants", d'avoir violé l'art. 8 CC et les principes de répartition du fardeau de la preuve et de son appréciation. Elle leur reproche en outre une violation de l'art. 53 CO, dès lors qu'ils se sont référés au jugement pénal et aux faits établis dans le cadre de la procédure pénale qui sont, selon elle, incomplets et erronés.

3.1 Il a été vu ci-dessus que dès le moment où le juge acquiert une conviction sur la base des preuves administrées, l'art. 8 CC cesse d'entrer en considération. Il s'agit alors d'une question de libre appréciation des preuves, que le droit fédéral, singulièrement l'art. 8 CC, ne réglemente pas (arrêt du Tribunal fédéral 4A_716/2011 du 3 avril 2012 consid. 2.2 et les références citées).

3.2 A teneur de l'art. 53 CO, le juge n'est pas lié par les dispositions du droit criminel en matière d'imputabilité, ni par l'acquittement prononcé au pénal, pour décider s'il y a eu faute commise ou si l'auteur de l'acte illicite était capable de discernement (al. 1). Le jugement pénal ne lie pas davantage le juge civil en ce qui concerne l'appréciation de la faute et la fixation du dommage (al. 2).

Selon la jurisprudence, l'indépendance du juge civil en matière de constatation et d'appréciation de l'état de fait ne l'empêche pas d'attendre le résultat de la procédure probatoire de l'instruction pénale et de le prendre en compte. Le fait que, dans ce cas, il ne s'écartera pas sans raison de l'appréciation du juge pénal est une question d'opportunité et non une prescription du droit fédéral. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 53 CO ne s'appliquait pas à l'établissement des faits (arrêts du Tribunal fédéral 5A_427/2011 du 10 octobre 2011 consid. 7.2.1; 4C.400/2006 du 9 mars 2007 consid. 4.1 et la référence à l'ATF 107 II 151 consid. 5b et c).

En effet, l'art. 53 CO n'interdit nullement au juge civil, bien qu'il ne soit pas lié par l'appréciation du juge pénal, de se rallier aux constatations de fait de ce juge. Il peut ainsi s'abstenir de revoir les constatations de fait du juge pénal, l'art. 8 CC ne l'obligeant nullement à examiner des preuves relatives aux faits sur lesquels le juge pénal s'est déjà prononcé (arrêt du Tribunal fédéral 4C.74/2000 du 16 août 2001 consid. 3 et 4b).

3.3 En l'espèce, contrairement à ce que soutient l'appelante, la procédure pénale a bel et bien permis d'établir l'abus de confiance qu'elle a commis au préjudice de son employeur, en procédant à des remboursements fictifs dans un dessein d'enrichissement illégitime. Pour parvenir à la conviction de la culpabilité de l'employée, les instances pénales ne se sont pas fondées uniquement sur les allégués de l'intimée mais ont déduit des preuves administrées, notamment des témoignages, et de tous les indices contenus dans le dossier, que celle-ci était l'auteur des remboursements fictifs. Sur la base de cette instruction pénale complète et non arbitraire, la culpabilité de l'appelante a été établie pour l'année 2001 mais pas pour l'année 2000, faute de preuve. Le Tribunal fédéral, à l'instar du Tribunal de police et de la chambre d'appel de la Cour de justice de Genève, a jugé qu'il ne subsistait pas de doute sérieux et irréductible quant à la culpabilité de l'employée.

La culpabilité de l'appelante ainsi reconnue, les juges civils pouvaient se fonder sur celle-ci, sans violer l'art. 53 CO, pour considérer que l'acte illicite intentionnel

commis par l'appelante au préjudice de son employeur était constitutif, sur le plan civil, d'une violation fautive du contrat de travail au sens de l'art. 321e al. 1 CO.

Les juges civils ont, en sus, fait leur propre instruction du dossier pour parvenir à la conviction qu'il existait suffisamment d'éléments démontrant l'existence de remboursements injustifiés, le montant de ceux-ci et ainsi l'ampleur du dommage subi par l'intimée du fait des agissements illicites de l'appelante.

La Cour relève encore que, s'agissant du caractère extraordinaire et fictif des remboursements en 2001, plusieurs témoins ont indiqué que s'il arrivait parfois qu'un client vienne rendre plusieurs bouteilles à la fois au service clients, il s'agissait d'environ trente bouteilles, une fois par semaine, à l'exception d'une occasion où il a rendu cent bouteilles à la fois. Ces chiffres n'expliquent dès lors pas les retours pouvant aller jusqu'à plusieurs centaines de bouteilles par jour enregistrés durant l'année 2001. Lors de son audition, l'appelante a elle-même indiqué que les clients restituaient d'ordinaire cinq à six bouteilles à la fois et a chiffré les restitutions maximales à soixante. Le nombre élevé et extraordinaire de remboursements en 2001 ne s'explique ainsi pas par une réelle augmentation du volume des bouteilles restituées au service clients, à teneur des témoignages et pièces produites.

A cet égard, le témoignage de l'informaticien N_____, mandaté par l'appelante pour refaire le tableau annuel avec les chiffres prétendument omis par l'intimée dans ses propres tableaux, est particulièrement déterminant pour retenir que les remboursements étaient anormalement élevés en 2001 et qu'ils étaient le fait de l'appelante. En effet, ce témoin a confirmé en audience, sur la base de ses propres calculs, que les remboursements relatifs à des retours de bouteilles vides étaient faibles lorsque l'appelante était absente du service clients et qu'à l'inverse, ils étaient systématiquement élevés lorsqu'elle était présente. Ainsi même si l'on tient compte des chiffres exhaustifs proposés par l'appelante, y compris les chiffres relatifs à la machine "D_____" (remboursements et rechargements), l'on constate qu'il y a une augmentation des remboursements lorsqu'elle est en service.

Ainsi, les premiers juges se sont fondés sur les différentes pièces du dossier pénal et du dossier civil, notamment ce dernier tableau, pour retenir tant le caractère extraordinaire et injustifié des remboursements opérés par l'appelante que le fait que ceux-ci avaient été opérés volontairement par cette dernière au détriment de l'intimée. Leur appréciation des preuves, conforme à l'art. 196 aLPC, ne prête pas le flanc à la critique, dès lors que l'ensemble des circonstances permet de conclure que l'appelante a effectivement commis les faits illicites qui lui sont reprochés, en violation de son contrat et en causant de manière intentionnelle un dommage à son employeur, de sorte que sa responsabilité civile à l'égard de ce dernier est engagée.

L'excellent certificat de travail délivré à l'appelante par l'intimée en cours de procédure ne saurait remettre en cause l'ensemble des faits établis dans le cadre de

la présente procédure. Ce document, bien que surprenant dans ce contexte, n'est pas de nature à faire échec aux éléments de preuves retenus.

Ainsi, c'est en vain que l'appelante tente de rediscuter les éléments retenus dans le cadre de la procédure pénale et de contester le principe même de sa condamnation pour abus de confiance, dès lors que ces faits ont non seulement été établis à satisfaction de droit par les juridictions pénales mais ressortent également de la présente procédure.

En rendant le jugement attaqué à l'issue d'une instruction complète après avoir procédé à leur propre appréciation circonstanciée des éléments de preuve et dûment motivé leur conviction, les premiers juges n'ont aucunement violé l'art. 53 CO ni faussement constaté les faits (art. 310 let. b CPC).

En conséquence, l'appel sera rejeté.

4. L'appelante s'en prend finalement au calcul du préjudice fait par les premiers juges sur la base d'une moyenne de remboursements de 25 fr. par jour.

4.1 Selon l'art. 321e al. 1 CO, le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence. En vertu de l'art. 321e al. 2 CO, la mesure de la diligence incombant au travailleur se détermine par le contrat, compte tenu du risque professionnel, de l'instruction ou des connaissances techniques nécessaires pour accomplir le travail promis, ainsi que des aptitudes et qualités du travailleur que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître. Ces circonstances peuvent aussi être prises en considération pour déterminer l'étendue de la réparation (art. 99 al. 3, 42 à 44 CO). D'après la jurisprudence, le juge dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 110 II 344 consid. 6b et l'arrêt cité).

Ainsi, sous l'angle de l'art. 321e al. 1 CO, la responsabilité civile du travailleur est engagée selon les principes généraux applicables en matière de responsabilité contractuelle (art. 97 al. 1 CO), atténuée en ce qui concerne l'appréciation de la mesure de la diligence incombant au travailleur, dans le sens rappelé ci-dessus (WYLER, Droit du travail, Berne 2002, p. 101/102). L'employeur doit en conséquence prouver l'existence du dommage, la violation par l'employé de ses obligations contractuelles et le rapport de causalité naturelle entre celle-ci et celui-là. De son côté, le travailleur peut apporter la preuve libératoire de son absence de faute (arrêt du Tribunal fédéral 4C.389/2001 du 8 novembre 2002 consid. 2.1).

4.2 A teneur de l'art. 42 al. 2 CO, lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée.

Cette dernière disposition édicte une règle de preuve de droit fédéral dont le but est de faciliter au lésé l'établissement du dommage. Elle s'applique aussi bien à la preuve de son existence qu'à celle de son étendue. L'art. 42 al. 2 CO allège le fardeau de la preuve, mais il ne dispense cependant pas le lésé de toute preuve; au

contraire, celui-ci doit alléguer et établir tous les éléments de faits constituant des indices de l'existence du dommage et de l'évaluation de son montant, dans la mesure où cela est possible et où on peut l'attendre de lui. L'exception de l'art. 42 al. 2 CO à la règle du fardeau de la preuve doit être appliquée de manière restrictive (arrêt du Tribunal fédéral du 11 août 2010 en la cause 4A_383/2010, consid. 2.1. et les références citées).

4.3 L'art. 44 al. 1 CO prévoit la possibilité pour le juge de réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur.

4.4 En l'espèce, le Tribunal a admis que le montant du dommage allégué par l'intimée était démontré sur la base du dossier. Il convenait en effet de comparer le montant annualisé des remboursements de bouteilles vides usuellement effectués au service clients avec le montant total des remboursements enregistrés par l'intimée (fr. 135'138.70), sous déduction des remboursements de la machine "D_____" (fr. 71'615.00). La déduction des remboursements opérés directement pas la machine "D_____" a dès lors été prise en compte, de sorte que le grief de l'appelante tombe à faux s'agissant de ce premier point. Le montant usuel des remboursements a, quant à lui, été estimé à trente bouteilles et deux harasses par jour, soit l'équivalent d'un remboursement global de 25 fr. par jour pour le service clients uniquement. Ainsi seul ce dernier montant a fait l'objet d'une estimation, les deux premiers étant fondés sur les pièces de la procédure dont la force probante a été admise par la Cour de céans, à l'instar du Tribunal des prud'hommes et des juridictions pénales ayant statué préalablement sur ce point.

Concernant l'estimation de 25 fr. de remboursements par jour, il a été établi, dans le cadre de la procédure en particulier grâce aux témoignages recueillis, qu'environ vingt harasses et deux cents bouteilles (dont la plupart avec consignes de 30 centimes, les autres étant remboursées par la machine "D_____") étaient remboursées chaque semaine (de six jours) par le service clients. Cela représente ainsi une moyenne journalière de 3.3 harasses avec consigne de 5 fr. et de 33 bouteilles avec consignes de 30 centimes, voire parfois de 50 centimes. L'estimation faite par l'intimée et retenue par les premiers juges de 25 fr. par jour n'est dès lors pas contestable ($3.3 \times 5 + 33 \times 0.30 = 26.5$).

Le Tribunal a en conséquence correctement arrêté le montant du dommage à 55'000 fr. sur la base de l'art. 42 al. 2 CO.

4.4 Les premiers juges ont fait usage du pouvoir d'appréciation que leur confère l'art. 44 CO et ont réduit de 25% le montant de l'indemnité due par l'appelante à l'intimée, afin tenir compte de la faute concomitante de cette dernière, eu égard à sa négligence dans la gestion du retour des bouteilles consignées.

4.4.1 Le calcul du dommage est une question de droit que la Cour peut revoir librement, selon le principe *iura novit curia* (art. 57 CPC). L'art. 44 CO doit donc

être appliqué d'office (ATF 111 II 156 consid. c. 4, JdT 1986 I 28, 29; WERRO, in Commentaire romand, Code des obligations I, 2012, n. 2 ad art. 44 CO).

4.4.2 La réduction ou le refus des dommages-intérêts au sens de l'art. 44 al. 1 CO doit intervenir, entre autres cas, lorsque la partie lésée n'a pas pris toutes les mesures commandées par les circonstances pour diminuer le dommage. Cette règle concrétise le principe du ménagement dans l'exercice d'un droit, en l'occurrence le droit du lésé d'exiger réparation; conformément à un principe général du droit de la responsabilité civile, le lésé doit supporter lui-même le dommage dans la mesure où son étendue lui est personnellement imputable (cf. ATF 130 III 182 consid. 5.5.1 p. 189 s.). Il en résulte que la réparation due par l'autre partie ne s'étend qu'au dommage moins important qui subsisterait si le lésé avait satisfait à son devoir de diminuer le dommage effectif (arrêt 4C.83/2006 du 26 juin 2006 consid. 4, non résumé sur ce point in JT 2006 I 475).

Dans l'application de l'art. 44 al. 1 CO, il appartient au juge de discerner objectivement les divers facteurs à l'origine du dommage, d'après les circonstances, et de pondérer de façon appropriée les responsabilités propres de chaque partie. La jurisprudence lui reconnaît un large pouvoir d'appréciation (ATF 131 III 12 consid. 4.2; WERRO, op. cit., n. 2 ad art. 44 CO et jurisprudence citée).

4.4.3 En l'espèce, l'intimée a laissé perdurer, durant de nombreux mois, un système défaillant, voire inexistant, de contrôle et de vérification des bouteilles rapportées. Un comptage des bouteilles rendues aurait pourtant permis de s'assurer que les sommes restituées à ce titre aux clients correspondaient bien au nombre de bouteilles effectivement restituées par ces derniers. En omettant de prendre toutes les mesures commandées pour contrôler l'activité du service clients, l'intimée a assurément aggravé, par sa faute, son dommage, puisque les agissements délictueux de l'appelante ont précisément pu s'étendre sur plusieurs mois en raison de l'absence de contrôle.

En outre, si une comptabilité des bouteilles restituées dans la machine "D_____" semble avoir existé pour 2001, elle a été détruite, de manière inexplicable, rendant ainsi plus difficile le calcul du dommage.

Pour ces motifs, la Cour est d'avis que la réduction, fixée à 25%, du dommage dû à l'intimée est insuffisante, l'intimée devant supporter la part du dommage qui lui est imputable.

Une réduction de 40 % du dommage (40 x 55'000 fr. ./ 100 = 22'000 fr.), arrêtant en conséquence à 33'000 fr. (55'000 fr. - 22'000 fr.) l'indemnité due par l'appelante, correspond de façon plus réelle au dommage qui subsisterait si l'intimée avait satisfait à son devoir de contrôle.

4.4.4 Au vu des éléments qui précèdent, l'appel sera partiellement admis et le jugement modifié en ce sens que l'appelante sera condamnée à payer à l'intimée la somme de 33'000 fr. avec intérêt à 5% l'an dès le 30 juin 2001, et la mainlevée au

commandement de payer, poursuite n° 1_____ sera prononcée à due concurrence.

5. Il n'est pas perçu de frais (art. 71 RTFMC), ni alloué de dépens (art. 17 al. 2 LaCC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre des prud'hommes, groupe 3 :**

À la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ contre le jugement TRPH/6989/2010 rendu le 10 mai 2012 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/31026/2010-3.

Au fond :

Annule les chiffres 3 et 4 du dispositif du jugement entrepris et statuant à nouveau :

Condamne A_____ à payer à B_____ la somme de 33'000 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 30 juin 2001.

Prononce la mainlevée de l'opposition formée par A_____ au commandement de payer poursuite n° 1_____, à concurrence de 33'000 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 30 juin 2001.

Confirme le jugement pour le surplus.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Daniela CHIABUDINI, présidente, Monsieur Alphonse SURDEZ, juge employeur, Madame Agnès MINDER-JAEGER, juge salariée; Madame Véronique BULUNDWE-LEVY, greffière.

Indication des voies de recours et valeur litigieuse :

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.

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