



E____

Dom. élu : Me Alexandre SCHWAB
Avenue Krieg 4
Case postale 510
1211 Genpve 17

T____

Dom. élu : Me Elisabeth ZIEGLER
Rue Henri-Mussard 22
1208 Genève

Partie appelante

Partie intimée

D'une part

D'autre part

ARRÊT

du 11 septembre 2007

M. Christian MURBACH, président

MM. Raymond BOURRECOUD et Franco MAURI, juges employeurs

Mme Christine PFUND et M. Yves DELALOYE, juges salariés

Mme Florence SCHMUTZ, greffière d'audience

EN FAIT

A. a) E1___, devenue, dès le 1^{er} novembre 2006, E___ (ci-après : E___), dont le siège social se trouve à Genève, a pour but le conseil à la clientèle institutionnelle, commerciale et privée en matière de risque de change, de choix de fonds de devises, de produits structurés et stratégie ("overlay") pour la protection du "risque devises".

b) T___ a été engagé par cette société à compter du 1^{er} septembre 2005 en qualité de directeur général, avec un salaire mensuel brut de fr. 10'000.-.

Le cahier des charges de l'intéressé était contractuellement défini de la manière suivante : l'employé a pour tâches principales de gérer de façon optimale la société E1___, administrativement et économiquement, d'en pourvoir les produits marketing (publicité, relations publiques, interactivité internet, etc.) et de créer de nouveaux produits financiers ("hedge funds", "commodities", etc.); l'employé a également la tâche de développer et "implémenter" des stratégies dans les domaines de développement de la société, gestion des devises et développement des relations avec partenaires, gérants externes, banques et brokers (..); l'employé a la responsabilité d'informer de Conseil d'administration de la société sur les activités de la société, par le biais d'un rapport hebdomadaire; l'employé est également responsable du "trading desk". A ce titre, il donne les ordres d'achat/vente en sa qualité d'advisor de "A___". Ce faisant, il s'engage à respecter le "Systematic investment model", ainsi que les règles de gestion du "A prospectus___".

c) Contrairement à ce que prévoyait son contrat de travail, T___ n'a jamais été inscrit au registre du commerce avec signature collective à deux.

d) Par courriel du 18 novembre 2005, l'employeur de T___ s'est inquiété de la santé de ce dernier et lui a prié de téléphoner d'urgence à la société.

e) Le 28 novembre 2005, un autre courriel a été adressé à l'intéressé, lui précisant, notamment, qu'il devait adapter ses horaires à ceux des autres employés et que les informations sur l'état de son travail devaient être adressées à l'employeur quotidiennement par téléphone ou par courriel.

f) Par lettre du 20 janvier 2006, T___ a mis son employeur en demeure de lui payer son salaire du mois précédent, indiquant qu'à défaut, il résilierait son contrat de travail avec effet immédiat.

g) Dans un courrier du 3 février 2006, T___ a résilié son contrat de travail, aux motifs du paiement partiel de son salaire du mois de décembre 2005 et de l'absence de versements de son salaire de janvier 2006.

h) Dans sa lettre du 16 février 2006, E___ a accepté la résiliation de son employé, relevant notamment que d'importantes pertes, soit entre 92 et 97% de la somme qui lui avait été confiée de US\$ 100'000.-, avaient été subies sur un compte ouvert de la société B___, dont l'intéressé avait la gestion depuis deux mois et qu'il devait renflouer.

Par ailleurs, il était indiqué que les investigations menées auprès de B___ avaient permis de déterminer le niveau de responsabilité qui échoyait à l'intéressé, respectivement l'ampleur de sa faute professionnelle, avec la précision qu'à l'occasion des entrevues des 24 janvier et 3 février 2006, confronté à l'évidence des faits, il avait reconnu avoir commis ces fautes professionnelles, ainsi que la relation de cause à effet entre celles-ci et la perte subie.

De surcroît, il était relevé qu'en violation de ses obligations contractuelles et, nonobstant, les diverses remarques orales et écrites qui lui ont été faites, T___ n'avait jamais passé plus de quinze heures par semaine à son poste de travail en lieu et place des quarante-deux heures prévues dans son contrat de travail, continuant à n'apparaître qu'en fin de journée au bureau, en dépit des nombreux avertissements et explications lui demandant de modifier ce comportement.

i) De septembre à novembre 2005, T___ a reçu une rémunération mensuelle de fr. 10'000.-, qui a souvent été versée avec du retard. Il a ensuite reçu un montant net de fr. 6'000.- à titre de paiement partiel du mois de décembre 2005.

B. a) En date du 24 mars 2006, T___ a assigné en paiement E___ d'une somme de fr. 11'071.50, avec intérêts, soit fr. 2'535.75 au titre de solde de salaire pour le mois de décembre 2005 et fr. 8'535.75 au titre de salaire du mois de janvier 2006.

Il concluait également au paiement par son employeur de toutes ses cotisations sociales pour la période du 1^{er} septembre 2005 au 3 février 2006.

b) Dans son mémoire de réponse et de demande reconventionnelle du 22 mai 2006, E___ a conclu au déboutement des conclusions de son ex-employé.

Elle a admis que le montant réclamé par ce dernier lui était dû, mais a opposé en compensation une créance propre de US\$ 97'000.-. Reconventionnellement, elle a conclu au paiement de la somme de fr. 114'374.-, avec intérêts, à titre de réparation de préjudice subi, au motif que T___ avait commis de graves erreurs professionnelles ayant mené à la perte de ce montant, soit 97% des fonds constituant le compte dont la gestion lui avait été confiée.

c) A l'audience du 14 juin 2006, E___ a confirmé ses conclusions et précisé que la somme de fr. 114'374.- correspondait à US\$ 97'000.- et se rapportait tant au montant de la réparation de son dommage qu'à la compensation avec la créance de son ex-employé.

d) Dans son mémoire de réponse du 12 juillet 2006 à la demande reconventionnelle dont il faisait l'objet, T___ a notamment conclu au rejet de ces prétentions, faisant valoir qu'il avait géré le compte qui lui avait été confié sur la base d'instructions requises et n'avait commis aucune faute professionnelle. Diverses opérations avaient été effectuées sur ledit compte entre les 5 et 13 décembre 2005, lesquelles avaient ensuite été interrompues en raison d'un "stop-loss".

e) Lors de l'audience du 4 octobre 2006, T___ a affirmé avoir reçu de son employeur pour mission de rattraper la perte initiale du compte dont la gestion lui avait été confiée, soit un montant de US\$ 400'000.-. Des risques avaient donc été pris et, comme le marché s'était avéré défavorable, les opérations s'étaient soldées par un échec.

L'intéressé a indiqué que le matériel à sa disposition était inadéquat et qu'il travaillait souvent tard le soir.

A cet égard, E___ a affirmé que son ex-employé avait pour mission, à son arrivée dans la société, de gérer la somme de US \$ 100'000.- de manière conservatoire, l'intéressé l'ayant assurée qu'il "pouvait remettre les compteurs à zéro avec un "leverage de dix".

A ce propos, T___ a indiqué que les parties avaient parlé de la possibilité de récupérer les pertes subies, mais que son employeur ne pouvait ignorer les risques encourus, le "leverage de dix fois étant risqué".

f) Le Tribunal a procédé à des enquêtes.

Le témoin C___, comptable de E___, a indiqué que le compte dont T___ avait repris la gestion présentait au départ un solde négatif de US\$ 400'000.- et l'intéressé avait une marge de US\$ 100'000.- avec laquelle il pouvait travailler. Il pouvait opérer des transactions pouvant aller jusqu'à 5 à 6 millions de US dollars. En décembre 2005, le marché financier était très volatile, de sorte qu'il fallait agir avec prudence et il n'était pas indiqué pour un professionnel de prendre des risques tels que les avait pris T___, risques qui étaient contraires à une stratégie conservatrice. Une très grosse perte était survenue en une semaine. Même s'il devait y avoir eu une stratégie non conservatrice, des opérations de cette nature résultaient de l'inscience ou du stress du trader.

Le témoin s'est également demandé si T___ s'était "entêté sur des positions contre l'évolution du marché", tout en indiquant que, pour sa part, il ne pouvait pas se prononcer sur la question de savoir si cette façon de procéder constituait une erreur professionnelle.

D___, qui n'était pas employée de E___, mais travaillait dans une étude d'avocats se trouvant dans les mêmes locaux que la société, a déclaré avoir constaté que T___, qu'elle connaissait, entrait et sortait des bureaux quand il voulait et ne se trouvait pas régulièrement à son travail. L'intéressé venait l'après-midi et elle ne le voyait pas le matin.

F___, qui a travaillé, de mai 2002 au 30 janvier 2006, chez G___, société partageant les mêmes bureaux que E___, a déclaré n'avoir jamais directement eu à faire à T___ et qu'il n'avait pas constaté de pertes importantes dans les opérations que ce dernier avait menées. Il avait, par ailleurs, remarqué que T___ ne faisait pas les mêmes horaires que lui, ne venant pas à 9 heures et quittant souvent le bureau avant 19 heures 30.

Pour sa part, le témoin H___, employé de B___, a expliqué que, dans cette affaire, la stratégie d'investissement de E___ était très spéculative et gérée avec très peu de professionnalisme et de conscience. T___ lui avait personnellement dit être à l'origine de la stratégie adoptée dans la gestion du compte qui lui avait été confiée. L'attitude de l'intéressé pouvait être qualifiée de "kamikaze" ou de peu disciplinée. Lorsqu'il avait rencontré T___ pour la première fois, celui-ci lui avait dit aller placer l'argent qui lui avait été confié de façon prudente ("pas à pas ou conservatrice") au départ et que par la suite sa stratégie allait évoluer.

Le témoin a également précisé que, dans le marché des changes, "les trois-quarts des opérations sont effectuées avec des effets de levier et représentent de la spéculation", seules un quart desdites opérations "se rapportant à de l'argent physique". L'effet de levier dans l'affaire concernée était de cinquante fois, ce qui n'était pas anormal dans le domaine, ledit effet pouvant aller jusqu'à quatre cents fois. Pour juger des risques, il fallait tenir compte des paramètres "effets de levier" et "stop loss".

g) Par courrier du 25 octobre 2005 adressé au Tribunal, E___ a expliqué que les instructions données à T___ au sujet de la stratégie de gestion de comptes à adopter avaient été orales.

En annexe audit courrier, E___ a produit un document daté du 3 février 2006, non signé par son ex-employé, attestant notamment que ce dernier reconnaissait devoir lui verser la somme de US\$ 93'679.-.

Elle a également produit un exemple de contrat conclu avec l'un de ses clients, prévoyant que l'activité qu'elle exerçait pour le compte de celui-ci l'était au risque de ce dernier exclusivement, sauf en cas de négligence grave ou de fraude.

i) Dans ses écritures du 6 novembre 2006, T___ a indiqué que le courrier du 3 février 2006 susmentionné ne reflétait pas l'entretien qui s'était déroulé quelques jours plus tôt; en particulier, il n'avait jamais admis devoir rembourser la somme qui lui était réclamée.

j) Lors de l'audience du 22 novembre 2006, T___ a indiqué que son employeur l'avait contraint à placer un "stop-loss", qu'il lui avait été interdit d'enlever lorsque le marché était redevenu favorable.

Lors de cette même audience, E___ a affirmé que l'argent perdu appartenait à G___, qui était son client, et qui lui réclamait une compensation de ses pertes.

T___ a contesté ce point, affirmant qu'à son avis l'argent concerné appartenait à un client de G___.

k) Par jugement daté du 6 février 2006, notifié le 8 du même mois, le Tribunal a notamment condamné E___ à payer à T___ la somme de fr. 20'000.- brut, avec intérêts correspondant à deux mois de salaire, sous déduction de la somme nette de fr. 6'000.- déjà perçue.

Par ailleurs, les premiers juges ont débouté E___ de toutes ses conclusions reconventionnelles.

En substance, le Tribunal a considéré qu'on ne saurait admettre que T___ a "violé son obligation de suivre les directives reçues", faute pour son ex-employeur d'en avoir apporté la preuve. De même, si le grief fait à T___ de n'avoir pas placé de "stop-loss" suffisamment tôt apparaissait partiellement fondé, il était toutefois de peu d'importance, en comparaison des autres éléments propres au compte et à sa gestion. Au demeurant, il convenait de relever que E___ n'avait "en rien fait la démonstration de ce qu'elle avait effectivement subi un dommage", les éléments de la procédure tendant, au contraire, à montrer que tel n'avait pas été le cas.

C. a) Par acte déposé au greffe de la Cour de céans le 13 mars 2007, E___ appelle de ce jugement dont elle sollicite l'annulation en tant qu'il l'a déboutée de toutes ses conclusions reconventionnelles. Elle a ainsi conclu, "principalement, sur la demande principale", à la compensation du solde du salaire dû à T___ avec la créance en dommages et intérêts qu'il lui devait. "Sur demande reconventionnelle", elle a conclu à la condamnation de son ex-employé à lui payer la somme de fr. 114'374.-, avec intérêts.

b) L'intimée a conclu au rejet de l'appel et la confirmation du jugement entrepris.

c) Les arguments des parties sont repris, dans la mesure utile, ci-dessous.

EN DROIT

1. Interjeté dans les délai et forme prescrits par la loi (art. 59 de la loi sur la juridiction des prud'hommes, ci-après : LJP), l'appel est recevable.

2. L'appelante ne conteste pas devoir à son ex-employé le solde de son salaire du mois de décembre 2005, ainsi que la totalité de sa rémunération du mois de janvier 2006.

3.

3.1. En revanche, elle affirme avoir subi un dommage, consistant en la perte de la quasi-totalité des fonds dont la gestion avait été confiée à l'intimé, et ce en raison du manque de diligence coupable de ce dernier, qui avait non seulement omis de placer un "stop-loss" suffisamment tôt, mais avait, en plus, contrevenu à son engagement de suivre les indications fournies par le logiciel permettant de respecter le "systematic investment model"; si l'intimé avait suivi ces indications, il n'aurait jamais perdu 97% du capital investi en moins de deux semaines. Il existait, en outre, une causalité directe entre les manquements professionnels de l'intimé et le dommage qu'il avait provoqué. S'agissant de la faute de l'intimé, celle-ci était présumée en matière contractuelle et résultait des déclarations des témoins C___ et H___. Enfin, l'argumentation de l'intimé, selon laquelle il devait récupérer la perte de US\$ 400'000.- avec le montant de US\$ 100'000.- à disposition, ne constituait pas une preuve libératoire, une telle instruction ne lui ayant jamais été donnée.

3.2. L'intimé, pour sa part, soutient que l'appelante n'a subi aucun dommage direct puisque c'était son client qui avait eu une perte, voire "le client de son client". En effet, les transactions litigieuses ayant été effectuées avec l'argent appartenant, voire emprunté par un client, les pertes avaient été subies "soit par A___, soit par G___ SA ou plutôt le ou les clients de l'une de ces entités". Par ailleurs, il n'avait violé aucune obligation contractuelle, son employeur l'ayant chargé de récupérer US\$ 400'000.- en utilisant un effet de levier qui, selon le témoignage de H___, était de cinquante. L'appelante lui avait ainsi donné clairement comme instructions de prendre des risques, en d'autres termes, de spéculer, en effectuant des opérations pour lesquelles il savait qu'elles pouvaient être gagnantes ou perdantes, en en acceptant le risque.

3.3. A teneur de l'article 321 al. 1 CO, le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence. Cette disposition ne fait que reprendre le principe général de la responsabilité contractuelle (art. 97 al. 1 CO), qui est subordonné aux quatre conditions usuelles (ATF du 17.08.1998 : JAR 299, 292; ATF 97 II 142), soit :

- l'existence d'un dommage qu'il appartient à l'employeur de prouver;
- la violation par l'employé de ses obligations contractuelles qu'il incombe également à l'employeur d'établir;
- un rapport de causalité naturelle et adéquate entre cette violation et le dommage;
- la faute, notion qui n'est pas différente de celle développée à l'art. 97 al. 1 CO.

En matière contractuelle, la faute est présumée (art. 97 al. 1 CO). Pour se libérer de sa responsabilité, il appartient au travailleur de prouver qu'il n'a commis aucune faute en renversant la présomption instaurée par la disposition précitée.

Le dommage juridiquement reconnu consiste en une diminution involontaire du patrimoine net du lésé, qui peut se présenter sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif (ATF 129 III 18), même seulement prévisible (ATF 86 II 41 : JT 1960 I 452), soit la différence entre le patrimoine actuel du lésé et celui qu'il aurait été sans l'événement préjudiciable (ATF 90 II 417 : JT 1965 I 226).

Or, en l'espèce, force est de constater que l'appelante n'a, en raison du comportement de l'intimé, subi aucune diminution de son patrimoine ou augmentation de son passif. En effet, il n'est pas contesté que les pertes découlant des opérations financières accomplies par l'intimé ont touché les avoirs d'un client de l'appelante, voire le client d'un de ses clients, et non pas les avoirs de l'appelante elle-même. C'est donc le patrimoine de ce client qui a subi une diminution d'actifs.

L'appelante admet que ce client ne lui a pas demandé "formellement" la réparation du dommage qu'il a subi, mais elle soutient que cela ne signifie pas qu'un tel dommage soit inexistant, la doctrine admettant que le dommage peut être également futur, lorsqu'il interviendra inévitablement, la jurisprudence admettant à cet égard une application analogique de l'art. 42 al. 2 CO, en ce sens que le juge peut se contenter d'indices, s'il lui

paraît, en considération du cours ordinaire des choses, que ce dommage se produira (DECHENEUX/TERCIER, La responsabilité civile, 1982, p. 50, N38).

Pour être admis, le dommage doit être certain, c'est-à-dire réalisé ou devant se réaliser, de sorte qu'il est vrai que le dommage futur n'échappe pas à une demande de réparation. Toutefois, il faut que la survenance de ce dommage soit du domaine de la certitude (ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 1997, p. 473 D). En relation avec l'al. 2 de l'art. 42 CO (soit la fixation du dommage lorsque son montant exact ne peut pas être établi), il a été jugé, s'agissant de la survenance du dommage, qu'il fallait à cet égard que les indices dont dispose le juge s'imposent avec une certaine force et qu'il ne suffisait pas que le dommage soit seulement vraisemblable (ATF 93 II 453, 458, JT 1968 I 534, 537, SJ 1968 592, 597; SJ 1970 545, 548 et les références citées; ATF 60 III 121, JT 1934 I 328 = OFTINGER/JEANPRETRE, Jurisprudence du Tribunal fédéral sur la partie générale du Code des obligations, 1970, n. 88b, p. 226 et le "complément", p. 226-227).

Or, en l'occurrence, force est de constater que plus d'une année et demie après la perte subie, l'appelante n'a fait, à ce jour, l'objet d'aucune demande de remboursement quelconque de la part du client dont les fonds ont été perdus.

Elle n'établit pas ni ne rend vraisemblable non plus - alors qu'elle en supportait le fardeau de la preuve - qu'elle fera l'objet, à l'avenir, d'une telle demande.

Dès lors, on ne saurait admettre qu'une telle réclamation s'impose avec une certaine force et, partant, que la survenance du dommage pour l'appelante soit du domaine de la certitude, ni même de la vraisemblance.

Ces considérations conduisent ainsi au rejet des prétentions de l'appelante, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si les autres conditions de la responsabilité contractuelle sont remplies dans le cas d'espèce.

Le jugement entrepris est ainsi intégralement confirmé et, par conséquent, l'appel rejeté.

4. En tant qu'elle succombe, E___supportera l'émolument de mise au rôle dont elle s'est acquittée (art. 78 al. 1 LJP).

PAR CES MOTIFS,

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 4

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par E___ contre le jugement rendu par le Tribunal des prud'hommes le 6 février 2006, notifié le 8 du même mois, dans la cause C/7669/2006-4.

Au fond :

Le rejette et confirme la décision entreprise.

Laisse à la charge de E___ l'émolument d'appel dont elle s'est acquittée.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière de juridiction

Le président

