

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 19 mars 2013

Présidence de M. COLOMBINI, président
Juges : Mmes Charif Feller et Kühnlein
Greffière : Mme Egger Rochat

Art. 41 CO ; 308 et 312 CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **U.**_____, à [...],
défendeur, contre le jugement rendu le 27 juin 2012 par le Tribunal civil
de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelant d'avec
N._____, à [...], demanderesse, la Cour d'appel civile du Tribunal
cantonal voit :

En fait :

A. Par jugement du 27 juin 2012, dont les considérants ont été adressés aux parties le 9 novembre 2012, le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a prononcé que la conclusion de la demanderesse N._____, prise au pied de sa demande du 5 juin 2009, à l'encontre du défendeur U._____, est partiellement admise (I); U._____ est le débiteur de N._____ et lui doit immédiat paiement de la somme de 62'400 fr. (II); les frais de justice sont arrêtés à 14'007 fr. 50 pour la demanderesse et 7'874 fr. 50 pour le défendeur (III) et dit que le défendeur versera à la demanderesse des dépens par 21'007 fr. 50, soit 14'007 fr. 50 en remboursement de ses frais de justice et 7'000 fr. à titre de participation aux honoraires de son mandataire (IV).

En droit, les premiers juges se sont fondés sur l'expertise judiciaire pour retenir que l'intimée avait subi un dommage de 63'000 fr. au regard de l'art. 41 CO, desquels il fallait déduire les 600 fr. déjà reçus d'un client. Ce dommage était en relation de causalité naturelle et adéquate avec les actes illicites et fautifs de l'appelant, perpétrés durant sa période d'apprentissage.

B. 1. Par appel du 12 décembre 2012, à l'appui duquel il a requis des mesures d'instruction, U._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, à la réforme du jugement précité en ce sens que les conclusions de la demanderesse N._____ prises à son encontre sont rejetées, que le chiffre II du jugement est supprimé et que la demanderesse lui versera de pleins dépens, dont le montant sera fixé à dire de justice.

Par réponse du 1^{er} février 2012, N._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement.

Les parties ont déposé une réplique et une duplique spontanées le 6 février, respectivement le 4 mars 2013.

2. Par décision du 20 décembre 2012, le bénéfice de l'assistance judiciaire a été accordé à U._____ avec effet au 12 décembre 2012, dans la procédure d'appel qui l'oppose à N._____ ; l'exonération des avances et des frais judiciaires lui étant accordée, et un avocat d'office en la personne de Me César Montalto lui étant désigné ; il a été astreint à payer une franchise mensuelle de 50 fr., dès et y compris le 1^{er} janvier 2013.

Par courrier du 19 mars 2013, le conseil d'office de l'appelant a déposé sa liste des opérations effectuées du 12 novembre 2012 au 19 mars 2013.

C. La Cour d'appel civile retient les faits suivants, sur la base du jugement querellé, complété par les pièces du dossier :

1) N._____ a pour but l'exploitation d'un commerce de textiles, à [...]. Par contrat d'apprentissage du 12 août 2002, elle a engagé U._____, en qualité d'apprenti vendeur dans le secteur des textiles et de la mode jeune/sportswear.

2) Au début de l'année 2005, N._____ a fait installer un programme informatique de gestion des stocks et des ventes dans son magasin. Elle a constaté des différences de caisse entre les stocks effectifs et les ventes.

Soupçonnant son apprenti, elle a prié le tenancier du magasin voisin, Q._____, de surveiller son magasin, ce qu'il a fait durant l'après-midi du 7 juin 2005, lorsque l'apprenti s'y trouvait. [...] a signalé à N._____ que deux ventes avaient été faites cet après-midi. Cette dernière a remarqué qu'aucune vente n'avait été enregistrée et en a déduit que son apprenti vendait de la marchandise sans la typer dans la caisse, encaissant ensuite l'argent de la transaction pour son propre compte.

N._____ estime que de tels vols ont pu être répétés à de nombreuses reprises. L'apprenti admet avoir conservé, à certaines reprises, l'argent de ventes sans le mettre en caisse. En revanche, il a contesté la fréquence des actes.

3) Le 9 juin 2005, N._____ a déposé plainte pénale auprès du Juge d'instruction de l'arrondissement de Lausanne pour vol et abus de confiance.

Le lendemain, elle a résilié avec effet immédiat le contrat d'apprentissage la liant au défendeur.

Par ordonnance de condamnation du 22 août 2007, le Juge d'instruction a notamment condamné l'apprenti pour vol, gestion déloyale et faux dans les titres, à 140 jours amende, avec sursis pendant deux ans, et à 900 fr. d'amende, convertibles en trente jours de peine privative de liberté de substitution en cas de non paiement fautif dans le délai imparti.

Selon cette ordonnance, l'apprenti a régulièrement, dans le cadre de son travail pour N._____ entre début 2003 et juin 2005, offert à des amis un rabais de 30% sur divers vêtements et/ou accessoires qu'il leur vendait, alors qu'un tel rabais était uniquement autorisé en faveur de l'employé ou de sa famille. Durant la même période, il a progressivement proposé à ses amis de profiter d'un rabais de 50% ou plus.

L'apprenti a profité de moments où il se trouvait seul dans le magasin pour dérober des pantalons et accessoires à son employeur, afin de les remettre gratuitement à ses amis ou de se faire payer personnellement le solde qu'il indiquait. Ces ventes n'étaient pas enregistrées et contribuaient à falsifier la comptabilité du magasin de N._____.

Les amis de l'apprenti, qui ne pouvaient ignorer le caractère irrégulier de la transaction au vu de l'ampleur du rabais accordé, ont

toutefois cherché activement à pouvoir en profiter à nouveau. A une dizaine d'occasions également, entre janvier et juin 2005, l'apprenti a remis à des clients un vêtement en établissant le duplicata d'un ticket d'une vente antérieure, puis a empoché le prix de la vente.

Sans avoir pu déterminer l'ampleur exacte de l'activité de l'apprenti, le juge d'instruction a toutefois retenu comme établis que celui-ci avait vendu à cinq amis trente-quatre paires de pantalons au moins, ainsi qu'au moins huit pulls ou liquettes, certains de marque Levi's, trois autres habits et au moins vingt t-shirts, avec un rabais de 50%, et offert deux ceintures gratuitement.

Le juge d'instruction a pour le surplus prononcé un non-lieu, considérant que les diverses pièces produites, soit les documents comptables, les fiches d'inventaire et le comparatif comptable des différences de marges réalisées sur diverses années, ne suffisaient pas à établir concrètement et à satisfaction de droit que l'ensemble des différences relevées seraient imputables à l'apprenti, le doute devant alors profiter à ce dernier.

4) Le 5 juin 2009, N._____ a déposé une demande au Tribunal d'arrondissement de Lausanne, par laquelle elle a conclu, à ce que U._____ soit son débiteur de la somme de 85'000 fr., au titre de remboursement du préjudice causé par son activité délictueuse relatée dans l'ordonnance de condamnation du Juge d'instruction de l'arrondissement de Lausanne du 22 août 2007.

Par réponse du 18 septembre 2009, U._____ a conclu au rejet.

Dans ses déterminations du 29 octobre 2009, N._____ a confirmé sa conclusion.

5) Une expertise judiciaire a été mise en œuvre.

L'expert, la société Fibexa SA, a déposé son rapport le 21 janvier 2011, ainsi qu'un rapport complémentaire le 4 novembre 2011.

L'expert a relevé que, dans le cadre des contrôles opérés et des constats des différences d'inventaire, des décalages constants et récurrents entre les pièces inventoriées (réassortiments) et les prises physiques par sondage étaient bien réels. En février 2005, un programme informatique a été installé et les différences ont été constatées, voire confirmées par un autre truchement de vérification (prise d'inventaire physique en comparaison des listings informatiques).

Il a observé que le préjudice invoqué par l'intimée, par 84'484 fr. 90, était représenté par des estimations pour la moitié, car l'informatisation de la gestion de stock avait été installée seulement en février 2005. Cette estimation, par 40'000 fr. pour les années 2003-2004 ne correspondait à aucun critère cohérent d'application de coefficient et/ou de constat. Il a noté par ailleurs que le cumul des corrections de stock effectuées en 2005 représentait 36'063 fr. 30 et que l'intégralité des écarts constatés ne pouvait être imputée au défendeur, compte tenu des vols, erreurs de saisies des inventaires physiques, coulages, etc.

L'expert a indiqué que les marges rectifiées - permettant de déterminer l'ampleur des différences constatées toutes valeurs confondues, s'élevaient à 48,57% de 1999 à 2003, à 44,35% en 2004 (soit un écart de 4.22%), à 42,83% en 2005 (soit un écart de 5,74%) et à 43,98 % en 2005. Procédant à un calcul basé sur les écarts de marge brute en pourcents, l'expert a considéré que le montant de 40'000 fr. - comprenant le montant déterminé d'écart de marge brute de 32'804 fr. 46 pour la seule année 2004 - pouvait être admis comme vraisemblable pour la période de deux ans et demi (de 2002 à 2004), l'expert précisant qu'il ne pouvait donner aucune certitude sur la véracité des chiffres imputables au défendeur.

Pour l'année 2005, partant des corrections effectuées et basées sur des documents probants et concrets pour un montant de

36'063 fr., l'expert a admis un coefficient d'erreurs de 7%, usuellement admis pour le vol, coulage, erreurs de saisie, etc. dans la branche textile (magasins) et retenu une valeur finale de 23'000 francs.

Il a précisé que, depuis le licenciement de l'appelant, il y avait nettement moins d'écarts de stock, ce constat étant dû au fait que les vols n'existaient pratiquement plus, ainsi qu'à la maîtrise des prises d'inventaire et la qualité de gestion des stocks informatiques.

Dans ses conclusions, l'expert a souligné que le manque de documents ne lui avait pas permis de donner des réponses "tranchées" avec la précision et la rigueur qu'il aurait souhaitée.

Dans son rapport complémentaire, l'expert a notamment relevé que le décompte de l'intimée, par 84'484 fr. 90, était déterminé sur les prix d'achat des marchandises et que la perte réelle de cette dernière devrait en réalité être déterminée sur le prix de vente et non sur le prix d'achat, dès lors que le manque à gagner - c'est-à-dire la marge brute - devait permettre de couvrir l'ensemble des charges de la société et la part de résultat.

Il a indiqué que le chiffre d'affaires était en régression pour chaque exercice depuis l'année 1999/2000, sauf pour l'année 2006.

Il a également précisé que le préjudice de 63'000 fr. correspondait à 1170 pièces de vêtements dérobées. Il a aussi noté que ce montant de 63'000 fr. était une estimation calculée au prix de revient d'achats des différences constatées lors de prises d'inventaires et/ou états informatiques. Cette somme pouvait correspondre autant à des erreurs de transcription, de saisies, de coulages ou de vols. Rien ne lui permettait de dire que d'autres employés auraient pu être à l'origine en tout ou partie de cette perte, aucun constat de ce genre n'ayant été communiqué à l'expert.

L'expert a enfin souligné être dans l'incapacité de déterminer et ne pouvoir certifier que l'entier du dommage pour la période considérée soit imputable à l'appelant, rappelant qu'aucun système informatique n'existait, de sorte qu'il est impossible d'apprécier de façon précise un préjudice en termes de chiffres.

6) L'audience de jugement a été tenue, le 29 mai 2012, en présence des parties, lors de laquelle plusieurs témoins ont été entendus, dont Q._____, le tenancier du magasin voisin.

Selon une vendeuse qui a travaillé pour N._____ entre 2001 et 2005, certains clients avaient indiqué qu'il ne leur avait pas été remis de ticket à la suite d'un achat. Le prix moyen des jeans vendus était de 130 fr. par pièce. Elle a expliqué que l'apprenti était présent au magasin les mercredis, jeudis, vendredis et samedis et que, selon le système de tournus instauré, chacun des employés était à tour de rôle seul pour effectuer l'ouverture ou la fermeture du magasin, ou encore à d'autres moments. Selon son estimation, le défendeur se retrouvait seul dans le magasin en moyenne une fois par jour.

La vendeuse d'un magasin voisin de celui de N._____ a déclaré que des rumeurs s'étaient répandues dans le centre commercial, ce qu'elle avait à l'époque signalé à cette dernière.

Le fiduciaire de N._____, qui ne travaillait pas encore pour cette dernière à l'époque des faits, a exposé qu'aujourd'hui, aucune différence entre le stock et les marchandises vendues n'était constatée.

L'informaticien, qui avait procédé à l'installation du système informatique en 2005 a expliqué que, vu la régularité et la quantité des différences de caisse alors constatées, il était évident qu'il s'agissait d'un vol. Il a réalisé ce système sur mesure, l'ancien présentant des failles de sécurité importantes. Une phase de test, d'une durée de deux à trois mois, a dû être réalisée; toutefois, les données étaient néanmoins fiables durant cette période. Le stock a été introduit progressivement dans le système,

de sorte que l'entier n'y figurait pas au départ. N._____ tenait toutefois un listing sur support papier, de sorte que le système informatique n'a pas pu générer de fausses informations.

La gérante en magasin, qui a travaillé pour N._____, dès 2007, a expliqué que lorsqu'une marchandise était reçue, elle était ensuite scannée et enregistrée dans le système informatique. Des différences pouvaient parfois être constatées entre le stock réel et comptable, notamment en raison de vols par des clients, mais ces différences étaient toutefois petites et n'étaient pas fréquentes.

Par déclaration dictée au procès-verbal et signée séance tenante, U._____ a reconnu devoir à N._____ le montant de 3'000 fr. et s'est engagé à le lui verser, quoi qu'il arrive, d'ici au 30 juin 2012.

N._____ a en outre précisé qu'elle avait d'ores et déjà reçu un montant de 600 fr. de la part d'un client.

En droit :

1. L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272]) dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). L'appel, écrit et motivé, est introduit dans les 30 jours à compter de la notification de la décision motivée ou de la notification postérieure de la motivation (art. 311 al. 1 CPC).

Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt et portant sur des conclusions patrimoniales qui, au dernier état des conclusions de première instance étaient supérieures à 10'000 fr., l'appel est recevable.

2. a) L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC (JT 2011 III 43 c. 2 ; Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JT 2010 III 115, spéc. p. 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, op. cit., p. 135).

b) Conformément à l'art. 316 al. 3 CPC, l'instance d'appel peut administrer les preuves, si elle estime opportun de renouveler l'administration d'une preuve ou d'administrer une preuve alors que l'instance inférieure s'y était refusée (Jeandin, CPC commenté, n. 5 ad art. 316 CPC). Si elle doit procéder à l'administration d'une preuve nouvelle ou instruire à raison de faits nouveaux, son pouvoir sera limité par les restrictions de l'art. 317 CPC (Jeandin, op. cit., n. 9 ad art. 316 CPC).

En application de l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise, ces deux conditions étant cumulatives (JT 2011 III 43 c. 2 ; Tappy, op. cit., p. 138). Il appartient à l'appelant de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer spécialement de tels faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (Tappy, op. cit., pp. 136-137). Le plaideur doit démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise (Jeandin, CPC commenté, 2011, n. 7 ad art. 317 CPC, p. 1266).

En l'espèce, l'appelant requiert l'audition de l'expert devant la Cour d'appel civile. Il n'y a pas lieu de donner suite à cette réquisition, l'expert ayant rendu un rapport, ainsi qu'un rapport complémentaire, qui sont suffisamment clairs. Au demeurant, l'appelant aurait pu et dû requérir l'audition de l'expert en première instance, ce qu'il n'a pas fait. De même,

il n'y a pas lieu de requérir production du contrat d'apprentissage, dès lors que cette mesure d'instruction aurait pu être requise en première instance.

3. a) Sans remettre en question les conditions d'illicéité et de faute, l'appelant soutient que l'expert n'a jamais été en mesure d'imputer quelque dommage que ce soit à l'appelant, la somme de 63'000 fr. retenue ne correspondant en réalité qu'à un calcul réalisé par l'expert pour déterminer la différence entre les stocks réels de l'intimée et ses stocks théoriques. Il fait en outre valoir que le dommage retenu est irréaliste ; il n'est pas compatible avec la période durant laquelle il a commis ses malversations au détriment de son maître d'apprentissage ni avec le fait, qu'en sa qualité d'apprenti, il ne travaillait pour le compte de l'intimée que trois à trois jours et demi par semaine. Il invoque également qu'au vu de la différence entre le nombre d'articles correspondant au dommage retenu par les premiers juges sur la base de l'expertise et celui retenu dans l'ordonnance pénale, l'intimée n'aurait pas réussi à prouver son dommage, même sous l'angle de la vraisemblance.

Pour sa part, l'intimée fait valoir que l'expert a accompli sa mission en procédant à une estimation du dommage subi à hauteur de 63'000 fr., sans en tirer de conclusions supplémentaires. Le dommage, tel que calculé par l'expert, est tout-à-fait réaliste, et ne saurait être réfuté au motif qu'il diffère dans sa quotité de celui retenu dans l'ordonnance pénale.

b) Le dommage se définit comme la diminution involontaire de la fortune nette; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant que ce même patrimoine aurait si l'événement dommageable ne s'était pas produit. Il 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 133 III 462 c. 4.4.2; ATF 132 III 359 c. 4 et réf.).

Lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, l'art. 42 al. 2 CO (Code des obligations du 30 mars 1911, RS 220) facilite la charge de la preuve, dans la mesure où il permet au juge de le déterminer équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée. Celle-ci n'est cependant pas dispensée d'alléguer et de prouver, dans la mesure où cela est possible et exigible, toutes les circonstances qui plaident en faveur de la survenance d'un dommage, permettant et facilitant ainsi son évaluation. Le but de l'art. 42 al. 2 CO n'est pas de venir au secours de la partie qui omet d'apporter des preuves ou qui fait obstacle à leur administration (ATF 133 III 462 c. 4.4.2, rés. in JT 2009 I 47; ATF 131 III 360 c. 5.1, rés. in JT 2005 I 502; SJ 2005 I 329 c. 3.2.1; ATF 122 III 219 c. 3a, JT 1997 I 246 et les références citées). En tant qu'elle consacre, pour celui qui réclame des dommages-intérêts, une exception au principe du fardeau plein et entier de la preuve (art. 8 CC [Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210] et 42 al. 1er CO), l'art. 42 al. 2 CO doit s'interpréter de manière restrictive. Il appartient dès lors à la partie demanderesse d'alléguer avec précision - et au besoin de prouver - tous les éléments de fait nécessaires pour mettre en œuvre les critères d'appréciation de l'art. 42 al. 2 CO (Werro, La responsabilité civile, nn. 961 et 964 et les références citées). Ces principes s'appliquent non seulement au montant du dommage, mais aussi à son existence, le préjudice devant être tenu pour établi lorsque les indices fournis par le dossier permettent, en considération du cours ordinaire des choses, de conclure à son existence (ATF 81 II 50 c. 5, rés. in JT 1956 I 540, SJ 1956 p. 177).

Pour être réparé le dommage doit être en relation de causalité naturelle et adéquate avec le comportement de l'auteur. Un fait est la cause naturelle d'un résultat s'il en constitue l'une des conditions *sine qua non*. En d'autres termes, il existe un lien de causalité naturelle entre deux événements lorsque, sans le premier, le second ne se serait pas produit; il n'est pas nécessaire que l'événement considéré soit la cause unique ou immédiate du résultat. L'existence d'un lien de causalité naturelle entre le fait générateur de responsabilité et le dommage est une question de fait que le juge doit trancher selon la règle du degré de vraisemblance

prépondérante. En pareil cas, l'allégement de la preuve se justifie par le fait que, en raison de la nature même de l'affaire, une preuve stricte n'est pas possible ou ne peut être raisonnablement exigée de celui qui en supporte le fardeau (ATF 133 III 462 c. 4.4.2 et réf.).

c) L'art. 53 CO, qui est applicable à tout le droit privé, régit l'indépendance du juge civil envers le droit pénal, l'acquiescement prononcé par le tribunal pénal et les décisions du juge pénal en général. Cette indépendance concerne les dispositions du droit pénal en matière d'imputabilité et l'acquiescement lorsqu'il s'agit de juger de la culpabilité ou de l'innocence en droit civil (al. 1). L'indépendance concerne aussi l'appréciation du tribunal pénal en ce qui concerne la faute et la fixation du dommage (al. 2). La jurisprudence voit dans cette disposition une intervention du législateur fédéral dans le droit de procédure généralement réservé aux cantons, mais une intervention limitée à la question de la faute et de l'appréciation du dommage. En ce qui concerne ces deux domaines il est exclu, dans l'intérêt du droit matériel fédéral, que le juge civil soit lié par un jugement pénal antérieur. Dans d'autres domaines, les cantons sont libres de prévoir que le juge civil est lié par un jugement pénal, notamment en ce qui concerne la constatation d'un acte en tant que tel et son illicéité (TF 4C.400/2006 du 9 mars 2007, c. 4.1 et les références citées). Rien de tel n'existe toutefois en procédure vaudoise (JT 1969 III 89; JT 1959 III 11).

d/aa) L'appelant fait valoir que l'expert n'a pu lui imputer le préjudice calculé, par 63'000 fr., qui ne correspond qu'à des différences constatées au moment des inventaires ou des saisies informatiques. S'il est vrai que l'expert reste prudent dans ses calculs, en soulignant qu'il ne peut donner des réponses tranchées et précises ni aucune certitude sur la véracité des chiffres imputables à l'appelant, cela n'enlève rien à la valeur probante de son évaluation, fondée sur des éléments objectifs. Il n'est en effet pas possible d'exiger de l'intimée une preuve stricte de la quotité des vols qu'elle a subi du fait de l'appelant. Une telle preuve serait d'ailleurs impossible, du fait de la nature des vols qui se sont étendus sur plusieurs années, de sorte qu'il y a lieu de faire application de l'art. 42 al. 2 CO. En

outre, l'expert a tenu compte, dans son évaluation, d'un coefficient d'erreur de 7%, usuellement admis pour le vol, coulage, erreurs de saisie, etc. dans la branche textile (magasins), de sorte qu'il n'y a pas lieu de tenir compte plus amplement du fait que, théoriquement, la différence pourrait être due à des erreurs de transcription, de saisie, de coulages ou de vols. En effet, rien n'indique, en l'espèce, que de telles erreurs se soient réalisées dans une proportion plus grande que la moyenne. A cela s'ajoute que, depuis le licenciement de l'appelant, il y a nettement moins d'écarts de stock, ce constat étant dû au fait que les vols n'existent pratiquement plus, ainsi qu'à la maîtrise des prises d'inventaire et la qualité de gestion des stocks informatiques. On relèvera enfin que l'expert a effectué ses calculs - conformément au décompte de l'intimée, qu'il a rectifié - sur les prix d'achat des marchandises, tout en relevant que la perte réelle de l'intimée devrait être déterminée sur le prix de vente et non sur le prix d'achat, dès lors que le manque à gagner - c'est-à-dire la marge brute - devait permettre de couvrir l'ensemble des charges de la société et la part de résultat.

bb) L'appelant reproche encore à l'expert de s'être fondé sur une période plus longue que celle durant laquelle il a commis les actes litigieux, soit depuis août 2002, alors que l'ordonnance pénale retient que les malversations n'ont débuté qu'au début de l'année 2003. A supposer que l'appelant n'ait commis aucun vol en 2002, les considérations de l'expert sur le préjudice subi en 2003-2004 conservent toute leur pertinence, puisque l'expert a évalué ce préjudice de manière très prudente à 40'000 fr. pour l'ensemble de la période, alors que l'écart de marge brute se montait à 32'804 fr. pour la seule année 2004.

cc) C'est par ailleurs en vain que l'appelant fait valoir que le dommage devrait être calculé sur le coût d'achat, l'expert ayant relevé de manière pertinente qu'il devait se calculer sur le prix de vente. Il ne peut de toute manière rien en déduire en sa faveur, puisque, comme déjà dit, l'évaluation du dommage, par 63'000 fr. a été faite concrètement sur la base des prix d'achat, plus favorable pour lui.

Cela étant et vu le mode de calcul qui devrait être pertinent, il n'est pas critiquable de considérer qu'un préjudice de 63'000 fr. correspond au vol de 1170 pantalons. Si l'on tient compte de la durée des rapports de travail, soit 34 mois équivalant à 466 jours de travail effectif pour un apprenti, ce chiffre n'apparaît nullement irréaliste, contrairement à ce que soutient l'appelant.

Il en résulte que l'évaluation du préjudice subi aurait en réalité pu être supérieure. Cela étant, le dommage retenu par l'expert est rendu suffisamment vraisemblable à l'aune des critères applicables selon l'art. 42 al. 2 CO. Il n'y a pas lieu de s'en écarter.

dd) Enfin, c'est également en vain que l'appelant se prévaut de l'ordonnance pénale, qui ne fait état que d'une trentaine de pantalons et quelques pulls et ceintures subtilisés. Il résulte de la jurisprudence précitée (c. 3c) que le juge civil n'est pas lié par le jugement pénal. Il pouvait se fonder, sans que cela ne prête le flanc à la critique, sur l'instruction poussée menée devant lui, en particulier sur l'expertise et son complément, éléments dont ne disposait pas le juge pénal.

4. a) L'appelant fait subsidiairement valoir que l'intimée a commis une faute concomitante, ce que cette dernière conteste. D'une part, elle ne l'aurait pas formé ni surveillé et, d'autre part, elle aurait dû se rendre compte de la situation beaucoup plus tôt.

b/aa) Dans le contrat d'apprentissage, l'apprenti est lié à l'employeur pas un contrat de travail spécial, dont la particularité réside principalement dans la formation dispensée au premier (ATF 132 III 753 c. 2.1, JT 2007 I 239; Aubert, Commentaire du contrat de travail, n. 16 ad art. 344 CO).

bb) Selon l'art. 44 al. 1 CO, le juge peut réduire les dommages-intérêts ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque les faits dont elle est responsable ont contribué à créer le

dommage, à l'augmenter, ou lorsqu'ils ont aggravé la situation du débiteur.

Il y a faute concomitante lorsque le lésé omet de prendre les mesures raisonnables aptes à contrecarrer la survenance ou l'aggravation du dommage. Par sa façon d'agir, la victime favorise la survenance du fait dommageable. Sa "faute" s'insère dans la série causale aboutissant au préjudice, de sorte que le comportement reproché au lésé est en rapport de causalité naturelle et adéquate avec la survenance du dommage (Werro, Commentaire romand, n. 12 ad art. 44 CO). La preuve d'une faute concomitante incombe à celui qui s'en prévaut, soit à l'auteur du dommage (Werro, op. cit., n. 2 ad art. 44 CO; ATF 112 II 439 c. 2).

c) En l'espèce, aucune faute concomitante ne peut être reprochée à l'intimée. On ne voit pas qu'un apprenti doive être spécifiquement formé sur l'illicéité du vol de pantalons, connue de tout un chacun. L'appelant devait savoir que les actes commis constituaient une violation grave du devoir de diligence et de fidélité du travailleur (art. 321a CO).

S'agissant du prétendu défaut de surveillance, il ressort du témoignage de la vendeuse, qui a travaillé pour l'intimée entre 2001 et 2005, que l'appelant ne se retrouvait seul dans le magasin en moyenne qu'une fois par jour. On ne voit pas en quoi le fait de laisser un apprenti seul dans le magasin une fois par jour serait une violation du devoir de formation de l'employeur. On peut en effet attendre d'un tel apprenti qu'il s'abstienne de commettre des vols au détriment de son employeur, même dans les quelques moments où il est laissé seul.

Enfin, le temps mis par l'intimée pour découvrir les vols commis ne saurait être considéré comme une faute concomitante. Elle a procédé à l'installation d'un nouveau programme informatique début 2005, qui a permis de constater des différences de caisse substantielles entre les stocks effectifs et les ventes. Elle a alors porté ses soupçons de vol sur l'appelant et s'est adressée au tenancier du magasin voisin à

l'époque des faits, qui a procédé à une surveillance le 7 juin 2005. Elle a déposé plainte pénale le 9 juin 2005 et, le lendemain, a résilié le contrat. Elle a agi avec une diligence suffisante.

5. Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté et le jugement entrepris confirmé.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'630 fr., doivent être supportés par l'appelant, qui succombe, mais laissés à la charge de l'Etat, l'appelant bénéficiant de l'assistance judiciaire.

Conformément à l'art. 123 CPC, l'appelant est tenu de rembourser l'assistance judiciaire dès qu'il est en mesure de le faire.

Le conseil d'office de l'appelant, Me César Montalto, a droit à être rémunéré équitablement pour les opérations effectuées et les débours supportés dans la procédure d'appel (art. 122 al. 1 let. a CPC ; art. 2 al. 1 RAJ (règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010, RSV 211.02.3]).

Le nombre d'heures allégué par Me César Montalto, de onze heures et trente minutes de travail, est élevé, cela d'autant plus que sa liste des opérations n'indique aucune conférence avec son client. Il se justifie dès lors de le réduire à neuf heures et d'arrêter son indemnité d'office à 1'803 fr. 60, soit 1'620 fr. d'honoraires (9 X 180 fr.) et 129 fr. 60 de TVA à un taux de 8%, et 54 fr. de débours, TVA comprise.

L'appelant, qui succombe, versera à l'intimée la somme de 2'500 fr., à titre de dépens de deuxième instance (art. 106 al. 1 CPC ; art. 37 al. 2 CDPJ [Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010, RSV 211.02] ; art. 3 al. 2 et 7 al. 1 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010, RSV 270.11.6]).

Par ces motifs,
la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
p r o n o n c e :

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** Le jugement est confirmé.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'630 fr. (mille six cent trente francs), sont mis à la charge de l'Etat.
- IV.** L'indemnité d'office de Me César Montalto, conseil de l'appelant, est fixée à 1'803 fr. 60 (mille huit cent trois francs et soixante centimes), TVA et débours compris.
- V.** L'appelant U._____ doit verser à l'intimée N._____ la somme de 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs), à titre de dépens de deuxième instance.

VI. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 21 mars 2013

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies, à :

- Me César Montalto (pour U. _____),
- Me Laurent Damond (pour N. _____).

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de

droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Président du Tribunal des Prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne.

La greffière :