

BGer 4A_47/2013 vom 4. Juni 2013

Bundesgericht, 2013-06-04, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_47_2013

FR: TF 4A_47/2013 du 4 juin 2013

IT: TF 4A_47/2013 del 4 giugno 2013

Erwägungen

E. 1.1

Interjeté par la partie qui a succombé partiellement dans ses conclusions en paiement et qui a donc qualité pour recourir (art. 76 al. 1 LTF), dirigé contre un arrêt final (art. 90 LTF) rendu en matière civile (art. 72 al. 1 LTF) par un tribunal supérieur statuant sur recours en dernière instance cantonale (art. 75 LTF) dans une affaire pécuniaire dont la valeur litigieuse atteint le seuil de 15'000 fr. requis en matière du droit du travail (art. 74 al. 1 let. a LTF), le recours est recevable, puisqu'il a été déposé dans le délai (art. 45 al. 1, 46 al. 1 let. c, 48 al. 1 et 100 al. 1 LTF) et la forme (art. 42 LTF) prévus par la loi.

E. 1.2

Le recours peut être interjeté pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 et 96 LTF . Il peut donc également être formé pour violation d'un droit constitutionnel (ATF 136 I 241 consid. 2.1 p. 247; 136 II 304 consid. 2.4 p. 313).

Le Tribunal fédéral applique d'office le droit dont il peut contrôler le respect (art. 106 al. 1 LTF). Il n'est donc limité ni par les arguments soulevés dans le recours, ni par la motivation retenue par l'autorité précédente; il peut admettre un recours pour un autre motif que ceux qui ont été invoqués et il peut rejeter un recours en adoptant une argumentation différente de celle de l'autorité précédente (ATF 138 II 331 consid. 1.3 p. 336; 137 II 313 consid. 4 p. 317 s.). Compte tenu de l'exigence de motivation contenue à l' art. 42 al. 1 et 2 LTF , sous peine d'irrecevabilité (art. 108 al. 1 let. b LTF), le Tribunal fédéral n'examine en principe que les griefs invoqués; il n'est pas tenu de traiter, comme le ferait une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui se posent, lorsque celles-ci ne sont plus discutées devant lui (ATF 137 III 580 consid. 1.3 p. 584; 135 II 384 consid. 2.2.1 p. 389; 135 III 397 consid. 1.4 p. 400).

Par exception à la règle selon laquelle il applique le droit d'office, le Tribunal fédéral ne peut entrer en matière sur la violation d'un droit constitutionnel ou sur une question relevant du droit cantonal ou intercantonal que si le grief a été invoqué et motivé de manière précise par la partie recourante (art. 106 al. 2 LTF).

E. 1.3

Le Tribunal fédéral conduit son raisonnement juridique sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut s'en écarter que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte - ce qui correspond à la notion d'arbitraire (ATF 137 I 58 consid. 4.1.2 p. 62; 137 II 353 consid. 5.1 p. 356) - ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF).

La partie recourante qui entend s'écarter des constatations de l'autorité précédente doit expliquer de manière circonstanciée en quoi les conditions d'une exception prévue par l' art.

105 al. 2 LTF seraient réalisées, faute de quoi il n'est pas possible de tenir compte d'un état de fait qui diverge de celui contenu dans la décision attaquée (ATF 137 II 353 consid. 5.1 p. 356; 136 I 184 consid. 1.2 p. 187). La partie recourante qui se plaint d'arbitraire dans l'appréciation des preuves et l'établissement des faits doit motiver son grief d'une manière répondant aux exigences de l' art. 106 al. 2 LTF (ATF 137 I 58 consid. 4.1.2 p. 62). Une rectification de l'état de fait ne peut être demandée que si elle est de nature à influencer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF). Aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente (art. 99 al. 1 LTF).

En l'espèce, le recourant soutient que l'état de fait a été établi contrairement au droit (art. 105 al. 2 LTF avec renvoi à l' art. 95 LTF), parce que, sur certains points, des faits auraient été retenus sans preuve contrairement à l'exigence de preuve qui doit être déduite de l' art. 8 CC (cf. ATF 118 II 235 consid. 3c p. 239). Savoir s'il existe ou non une preuve de nature à emporter la conviction est en réalité une question d'appréciation des preuves. Le grief, tel qu'il est soulevé, se confond donc avec celui d'arbitraire dans l'appréciation des preuves, qui est également invoqué.

Selon la jurisprudence, il y a arbitraire dans l'appréciation des preuves, prohibée par l' art. 9 Cst. , si le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, s'il a omis sans raison sérieuse, de tenir compte d'un moyen important propre à modifier la décision attaquée ou encore si, sur la base des éléments recueillis, il a fait une déduction insoutenable (ATF 136 III 552 consid. 4.2 p. 560; 129 I 8 consid. 2.1 p. 9; sur la notion d'arbitraire en général: ATF 138 I 49 consid. 7.1 p. 51, 305 consid. 4.4 p. 319; 138 III 378 consid. 6.1 p. 379 s.). La partie recourante qui invoque l'arbitraire dans l'appréciation des preuves et l'établissement des faits doit démontrer par une argumentation précise, en se référant si possible à des pièces indiscutables du dossier, que la cour cantonale a retenu ou omis un fait pertinent d'une manière insoutenable (ATF 137 I 58 consid. 4.1.2 p. 62; 134 II 244 consid. 2.2 p. 246).

E. 1.4

Le Tribunal fédéral ne peut aller au-delà des conclusions des parties (art. 107 al. 1 LTF). Toute conclusion nouvelle est irrecevable (art. 99 al. 2 LTF).

E. 2.1

Des constatations cantonales - qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF), - on déduit, d'un point de vue juridique, que les parties ont conclu un contrat (art. 1 CO) qui doit être qualifié de contrat individuel de travail (art. 319 al. 1 CO).

La seule prétention du recourant découlant directement du contrat de travail (32'105 fr.70 bruts avec intérêts à 5% l'an dès le 28 février 2007) n'est plus litigieuse devant le Tribunal fédéral, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'y revenir.

Les dispositions applicables au contrat de travail prévoient également, à l' art. 321e al. 1 CO , que le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence. Il n'est pas douteux que le recourant, en détournant intentionnellement à son profit des fonds qui lui étaient confiés dans l'exercice de son travail - ainsi que cela a été constaté en fait (art. 105 al. 1 LTF) - a causé fautivement un dommage à son employeur et qu'il doit le réparer.

Pour l'exécution de cette obligation, les parties ont conclu la convention du 28 mars 2007, qui se présente comme un contrat sui generis et qui comporte les diverses prestations

mentionnées ci-dessus dans la partie en fait (cf. let. A).

E. 2.2

Invoquant les art. 341 et 321e CO, le recourant conteste que l'art. 7 de cette convention - qui concerne la rémunération de la banque pour ses frais d'investigation - soit licite.

L'art. 341 al. 1 CO prévoit que le travailleur, pendant un certain délai, ne peut pas renoncer valablement à des créances résultant pour lui de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective. Il apparaît d'emblée que le recourant n'invoque pas une créance qui découlerait pour lui de la loi ou d'une convention collective. Il se place exclusivement sur le terrain de sa responsabilité (art. 321e al. 1 CO), qui évoque une dette éventuelle du travailleur, et non pas une créance de celui-ci. Il est vrai cependant que la doctrine propose d'appliquer par analogie l'art. 341 CO à la responsabilité du travailleur prévue par l'art. 321e CO (Streiff/von Kaenel/Rudolf, *Arbeitsvertrag*, 2012 n° 2 ad art. 341 CO p. 1287 in fine).

Quoi qu'il en soit, l'art. 321e CO est une disposition semi-impérative (art. 362 al. 1 CO), de sorte que les parties ne peuvent, par un accord intervenu entre elles, déroger à cette disposition au détriment du travailleur.

Il est évident que la banque, en présence des malversations commises intentionnellement par le travailleur, aurait été en droit de mandater une fiduciaire en vue d'établir les faits et les mesures à prendre pour y remédier. Dans ce cas, elle aurait dû payer des honoraires à la fiduciaire, ce qui aurait constitué pour elle une diminution de l'actif, soit un dommage au sens juridique (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 p. 471 et les arrêts cités). Elle aurait pu en demander réparation, en tant que dommage résultant directement de la violation intentionnelle du contrat, sur la base de l'art. 321e al. 1 CO.

Plutôt que de procéder de cette manière, les parties sont convenues, à l'art. 7 de la convention, que la banque effectuerait ce travail par ses propres services en fournissant des "relevés d'heures d'intervention des services internes" et en pratiquant "un tarif horaire raisonnable". Il ressort clairement de cette disposition que la banque n'entendait pas effectuer ce travail gratuitement ou à prix coûtant, mais qu'elle voulait être rémunérée selon un tarif raisonnable. En comprenant ainsi la clause controversée, la cour cantonale n'a pas violé les principes du droit fédéral sur l'interprétation des dispositions contractuelles (sur ces principes: cf. ATF 135 III 410 consid. 3.2 p. 412 s.; 131 III 606 consid. 4.1 p. 611 s.).

Dès lors que la cour cantonale a constaté en fait que la banque a pratiqué un tarif conforme à celui des fiduciaires, il en résulte que la clause litigieuse de la convention du 20 mars 2007 (l'art. 7) n'a pas aggravé les conditions de la responsabilité du travailleur telles qu'elles découlent de l'art. 321e CO. En effet, le travailleur n'a pas été moins bien traité que si la banque s'était adressée à une fiduciaire externe, comme elle était en droit de le faire aux frais du responsable.

Ainsi, la clause contractuelle contestée ne peut pas être considérée comme nulle, que ce soit en application de l'art. 362 al. 1 CO ou en application analogique de l'art. 341 al. 1 CO.

E. 2.3

Savoir combien d'heures la banque a consacré à ce travail est une question de fait. La cour cantonale s'est fondée sur des relevés précis confirmés par des témoignages. On ne voit pas en quoi elle aurait tranché ce point de fait d'une manière arbitraire au sens de la définition

rappelée ci-dessus (cf. consid. 1.3). En tout cas, le recourant n'est pas parvenu à démontrer l'arbitraire (cf. art. 106 al. 2 LTF ; ATF 137 I 58 consid. 4.1.2 p. 62).

Dire si les tarifs horaires pratiqués sont ou non conformes à ceux des fiduciaires, c'est-à-dire à ceux qui sont usuels dans la branche, est également une question de fait. Sur ce point également le recourant ne parvient pas à démontrer, par la référence à un moyen de preuve régulièrement apporté, précis et indiscutable, que la constatation cantonale serait insoutenable. Ainsi, l'arbitraire n'a pas été démontré.

Les griefs du recourant concernant les frais de recherche sont donc infondés.

E. 2.4

Le recourant conteste les indemnisations de clients qui ont été mises à sa charge par la banque. Il soutient en substance que cette dernière a fait des cadeaux à ses clients sur son dos. Il sera rappelé ici que le juge civil n'est pas lié par le jugement pénal en ce qui concerne la fixation du dommage (art. 53 al. 2 CO).

E. 2.4.1

S'agissant d'une somme de 5'000 fr. débitée le 23 avril 2007 (du compte d'indemnisation), il ressort des pièces produites qu'il y a eu un prélèvement de ce montant sur le compte d'un client qui est signé par le recourant. Il n'est pas arbitraire d'admettre, sur la base d'une telle pièce, qu'il a reçu la somme et qu'il en est redevable. Il affirme certes qu'il a remis l'argent en espèces au client ou à l'un de ses proches, mais il lui incombait, dès lors que l'argent était entré dans son patrimoine, de prouver qu'il s'était acquitté de son obligation de le restituer en main d'un ayant droit. En effet, il incombe à celui qui est entré en possession d'une somme d'argent en son propre nom de prouver qu'il l'a utilisée conformément au contrat, de telle sorte que son obligation de restituer s'est éteinte (cf. ATF 130 III 321 consid. 3.1 p. 323). Or, le recourant n'a pas été capable d'apporter cette preuve. Ainsi, il n'y a pas de violation du droit fédéral à mettre cette somme à sa charge.

E. 2.4.2

S'agissant d'un montant de 105'000 fr. débité le 6 février 2008, la cour cantonale a retenu que le recourant n'avait pas remis à la cliente l'intégralité des sommes prélevées sur son compte, en se fiant à un " carnet du lait " , soit les notes prises par la cliente. Il a été toutefois établi par un témoignage que cette cliente était très méticuleuse et notait fidèlement toutes les opérations. En considérant que l'on pouvait croire les documents produits, on ne voit pas que la cour cantonale ait apprécié les preuves d'une manière arbitraire.

E. 2.4.3

S'agissant d'un montant de 7'275 fr.³⁷ débité le 23 avril 2007, la cour cantonale a constaté que le recourant, qui était alors assisté d'un avocat, a admis qu'il devait indemniser le client pour cette opération et qu'il n'a pas critiqué en soi le montant en cause. On ne voit pas qu'il était arbitraire de croire les faits reconnus par le recourant lui-même. Il semble qu'il ne discute devant le Tribunal fédéral que le montant. Dans une affaire où autant de chiffres sont contestés, on peut attendre d'une partie, selon les règles de la bonne foi, qu'elle indique clairement si elle conteste une prétention dans sa quotité. L'art. 126 al. 2 de la loi genevoise de procédure civile (encore applicable en première instance en raison de la date d'introduction de l'action: art. 404 al. 1 CPC) le prévoyait d'ailleurs expressément. L'obligation d'indiquer avec précision les faits allégués ou contestés résulte aussi des art.

221 al. 1 let . d et 222 al. 2 CPC. En l'absence d'une contestation précise sur le chiffre avancé par la partie adverse, on ne peut pas dire que la cour cantonale ait apprécié les preuves de manière arbitraire.

E. 2.4.4

En ce qui concerne le montant de 71'073 fr.09 débité le 14 janvier 2008, il a été constaté que la cliente était une ressortissante suisse domiciliée en Suisse et que le recourant lui avait prélevé d'une manière illicite 115'000 USD en l'an 2000, qu'elle n'a pu récupérer qu'en 2007. La cour cantonale a estimé qu'elle avait droit, à titre de réparation du dommage subi, à la perte de change intervenue durant ce laps de temps entre le dollar et le franc suisse.

La question est évidemment de savoir si l'on peut admettre que la cliente, si le prélèvement illicite n'avait pas été effectué, aurait converti son avoir en francs suisses. Il s'agit donc de déterminer un fait hypothétique.

La jurisprudence a admis que l'on peut poser une présomption de fait selon laquelle une personne qui reçoit une somme d'argent en monnaie étrangère la convertit en monnaie du lieu de son domicile (ATF 123 III 241 consid. 3a p. 243; 117 II 256 consid. 2b p. 258; 109 II 436 consid. 2b p. 442).

En l'espèce, il ne ressort pas des constatations cantonales que la cliente aurait toujours conservé une importante position en USD. Il n'y a donc aucun élément concret qui vienne contredire cette présomption de fait. En conséquence, on ne peut pas dire que la cour cantonale a arrêté le fait hypothétique de manière arbitraire en appliquant cette présomption de fait issue de l'expérience générale de la vie.

E. 2.4.5

S'agissant d'une somme de 21'924 fr.23 débitée le 21 décembre 2007, la cour cantonale a retenu qu'il s'agissait du gain manqué par le client du fait qu'il a été privé d'un certain montant en raison des prélèvements opérés par le recourant. Qu'un gain manqué puisse donner lieu à réparation ne saurait être critiqué (cf. ATF 133 III 471 consid. 4.4.2 p. 471). Quant au montant retenu, la cour cantonale a observé que le recourant n'avait pas critiqué le calcul effectué par sa partie adverse. Le recourant ne le conteste pas. Pour les raisons déjà exposées, il n'y a rien d'arbitraire à s'en tenir à un calcul qui n'est pas contesté par la partie à laquelle il est opposé (cf. supra consid. 2.4.3).

E. 2.4.6

Quant au montant de 20'424 fr. débité le 21 décembre 2007, il s'agit des honoraires de l'avocat de deux clientes. Le recourant se borne à observer à ce sujet que les clientes n'auraient pas reçu une telle somme si elles s'étaient constituées parties civiles au pénal et avaient obtenu des dépens dans ce contexte. Il n'y a cependant aucune obligation juridique de se constituer partie civile dans un procès pénal, de sorte que le grief soulevé à ce sujet n'a aucun fondement.

E. 2.4.7

En ce qui concerne le montant de 16'590 fr. débité le 21 décembre 2007, il s'agit à nouveau d'un gain manqué et la cour cantonale a repris le même raisonnement que celui qui est examiné ci-dessus sous ch. 2.4.5. Pour les mêmes raisons, il faut constater que le recourant n'a pas établi que ce chiffre ait été retenu arbitrairement.

E. 2.4.8

En ce qui concerne le montant de 6'491 fr.81 débité le 29 mars 2010, il concerne une indemnisation de clients. La cour cantonale s'est référée aux explications données par la banque. L'intimée s'est expliquée à nouveau de manière détaillée devant le Tribunal fédéral. On ne voit pas en quoi il était arbitraire de croire ses explications et le grief doit être également rejeté, le recourant n'ayant pas réussi à démontrer le caractère insoutenable de la décision attaquée.

E. 2.5

Avec une argumentation un peu confuse relative aux critères de détermination des dommages-intérêts, le recourant reproche en définitive à la cour cantonale de ne pas avoir réduit le montant des dommages-intérêts qu'il doit à son employeur pour tenir compte d'une faute concomitante de ce dernier (art. 44 al. 1 CO), qui ne l'aurait pas surveillé de manière adéquate.

Contrairement à ce que soutient l'intimée, une réduction des dommages-intérêts pour cause de faute concomitante (art. 44 al. 1 CO) n'est pas exclue du seul fait que le travailleur a commis une faute intentionnelle. S'il est vrai qu'une faute intentionnelle exclut que l'indemnité soit réduite pour cause de faute légère (art. 43 al. 1 CO ; ATF 99 II 228 consid. 5 p. 237), le juge peut toujours, au moment de fixer l'indemnité, réduire les dommages-intérêts pour tenir compte d'une faute concomitante selon l' art. 44 al. 1 CO (Streiff/von Kaenel/Rudolf, op. cit., n° 3 ad art. 321e CO ; Jean-PhilippeDunand, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n° 37 ad art. 321e CO ; GabrielAubert, in Commentaire romand, Code des obligations I, 2e éd. 2012, n° 5 ad art. 321e CO ; WolfgangPortmann, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5e éd. 2011, n° 5 ad art. 321e CO).

En l'espèce - contrairement à ce que soutient le recourant -, la cour cantonale n'a pas dit le contraire, mais a admis expressément la possibilité théorique d'une telle réduction (arrêt attaqué consid. 4.1 p. 18). Elle a seulement estimé qu'une faute concomitante de la part de la banque n'avait pas été établie (arrêt attaqué consid. 4.2 p. 18).

L'argumentation du recourant sur ce point repose entièrement sur des faits - un défaut de surveillance - qui n'ont pas été constatés dans l'arrêt attaqué alors que l'arbitraire n'a pas été invoqué à ce sujet (art. 106 al. 2 LTF); en conséquence, le grief du recourant est basé sur un état de fait qui s'écarte de celui contenu dans la décision attaquée, ce qui n'est pas admissible (art. 105 al. 1 et 99 al. 1 LTF). Il n'y a donc pas lieu d'entrer en matière.

E. 2.6

Le recourant se plaint enfin du point de départ de l'intérêt moratoire qui lui est alloué sur le solde qui doit lui être restitué en vertu de la convention du 28 mars 2007.

Selon l'art. 8 de la convention, si, à la fin du processus d'indemnisation, il subsiste un solde créditeur, celui-ci doit être restitué au recourant.

On peut en déduire que le solde devient exigible à la fin du processus d'indemnisation. En revanche, aucune date précise n'est fixée pour l'exécution de cette obligation par le débiteur. En conséquence, il faut constater que le jour de l'exécution n'a pas été déterminé (art. 102 al.2 CO) et que, par voie de conséquence, le débiteur de l'obligation exigible est mis en demeure par l'interpellation de la part du créancier (art. 102 al. 1 CO). L'intérêt moratoire n'est dû qu'à partir de la demeure (art. 104 al. 1 CO). Ainsi, la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en concluant qu'il fallait une interpellation de la part du créancier pour que le

débiteur soit mis en demeure et que l'intérêt moratoire commence à courir.

La cour cantonale a constaté qu'il n'y avait pas eu d'interpellation avant le dépôt de la demande. Il s'agit là d'une pure question de fait et, dès lors que l'arbitraire n'est pas invoqué sur ce point (art. 106 al. 2 LTF), il y a lieu de s'en tenir à la constatation cantonale (art. 105 al. 1 LTF) dont on ne voit pas en quoi elle serait insoutenable (cf. art. 105 al. 2 LTF).

E. 3

Il résulte des considérations qui précèdent que le recours doit être entièrement rejeté.

Les frais judiciaires et les dépens sont mis à la charge du recourant qui succombe (art. 66 al. 1 et 68 al. 1 et 2 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.