



D@NTE
Laboratoire de droit des affaires
et nouvelles technologies



BACAV

Bulletin commenté des arrêts de la Cour d'appel de Versailles

**Par les membres du laboratoire DANTE
(Droit des affaires et des nouvelles technologies)**

2021/1

Table des matières

<i>Avant-propos</i>	3
<i>Droit des procédures collectives, commentaire par Simon Farges</i>	5
CA Versailles, 13 ^{ème} ch., 29 septembre 2020, R.G. n° 20/01566	5
La méconnaissance du principe de la contradiction par le tribunal de commerce saisi d'office	7
<i>Droit du crédit et compensation, commentaire par Hakim Hadj-Aïssa</i>	9
CA Versailles, 13 ^{ème} ch., 28 avril 2020, R.G. n° 18/07372	9
<i>Droit des successions et responsabilité, commentaire par Clara Bernard-Xémard</i>	12
CA Versailles, 1 ^{ère} ch. 1 ^{ère} section, 16 juillet 2020, R.G. n° 19/04468	12
<i>Responsabilité civile et copropriété, commentaire par Sébastien Chaudat</i>	15
CA Versailles, 4 ^{ème} ch. , 4 novembre 2020, R.G. n° 18/02105	15
<i>Droit du numérique, commentaire par Mélanie Clément-Fontaine</i>	19
CA Versailles, 1 ^{ère} ch. 1 ^{ère} section, 13 octobre 2020, R.G. n° 19/02573	19
<i>Propriété littéraire et artistique, commentaire par Anaïs Szkopinski</i>	23
CA Versailles, 1 ^{ère} ch. 1 ^{ère} section, 21 avril 2020, R.G. n° 16/00766	23
<i>Droit du travail et preuve, commentaire par Pauline Prépin</i>	26
CA Versailles, 11 ^{ème} ch., 8 octobre 2020, R.G. n° 18/04300	26
<i>Droit du travail et harcèlement, commentaire par Lorène Lamazières</i>	30
CA Versailles, 11 ^{ème} ch., 10 septembre 2020, RG n° 18/03359	30
CA Versailles, 11 ^{ème} ch., 17 septembre 2020, RG n° 18/04073	30
CA Versailles, 11 ^{ème} ch., 22 octobre 2020, RG n° 18/04355	30
<i>Droit du travail et insuffisance professionnelle, commentaire par Ndeye Fatou Niang</i>	36
CA Versailles, 11 ^{ème} ch., 10 sept. 2020 – R.G. n° 18/02089 ; 17 sept. 2020 – R.G. n° 18/03734	36

Avant-propos

Le premier numéro de l'année 2021 du Bulletin des arrêts de la cour d'appel de Versailles commenté par les membres du laboratoire DANTE de la Faculté de droit de Versailles-Saint- Quentin-en-Yvelines illustre la grande diversité comme la richesse du contentieux soumis à la juridiction versaillaise.

Est d'abord concerné, le droit de la responsabilité civile à propos des conditions de mise en œuvre de la responsabilité de plein droit du syndicat de copropriétaires en cas de dommage causé à un copropriétaire personne morale (CA Versailles, 4^{ème} ch., 4 nov. 2020 – R.G. n°18/02105) et de celle d'un notaire pour non présentation d'un testament olographe du *de cuius* ayant fait perdre à la veuve une chance d'obtenir des droits successoraux plus élevés (CA Versailles, 1^{ère} ch. 1^{ère} section, 16 juill. 2020 – n° R.G. 19/04468). Un autre arrêt, relatif cette fois à la responsabilité d'un hébergeur condamné à rendre inaccessible le « contenu illicite » d'un site proposant une prestation d'entremise entre mères porteuses et personnes désireuses d'accueillir un enfant, illustre le renforcement constaté de « la fonction parajudiciaire » de intermédiaires techniques, tenus d'une responsabilité autonome particulièrement utile lorsque celle de l'éditeur du site ne peut être recherchée (CA Versailles, 1^{ère} ch. 1^{ère} section, 13 oct. 2020 - R.G. n° 19/02573).

Le droit des affaires est, ensuite, envisagé qu'il s'agisse du droit des procédures collectives avec la question, essentielle pour le débiteur, des conditions dans lesquelles l'administrateur judiciaire peut être investi par le juge d'une mission de représentation (la Cour d'appel de Versailles rappelant à cette occasion l'importance du principe de la contradiction, lequel trouve légitimement application que le tribunal se soit saisi d'office ou l'ait été par voie de requête, CA Versailles, 13^{ème} ch., 29 sept. 2020 – R.G. n° 20/01566) ou du droit du crédit à propos des conditions d'application de la compensation entre des dettes nées d'opérations distinctes dans le cadre d'un crédit documentaire (CA Versailles, 13^{ème} ch., 28 avril 2020 – R.G. n° 18/07372).

Enfin, et on connaît la chanson, c'est le droit de la propriété littéraire et artistique qui offre à la Cour d'appel de Versailles l'occasion – sur renvoi après cassation- de statuer dans un contentieux opposant depuis une douzaine d'années un auteur-compositeur suisse à un célèbre auteur-compositeur français à qui il est reproché un acte de contrefaçon. La Cour écarte la contrefaçon en raison de la preuve, rapportée par le défendeur, d'une rencontre fortuite entre la seconde oeuvre et la première, qui lui est préexistante (CA Versailles, 1^{ère} ch., 1^{ère} section, 21 avril 2020 - R.G. n° 16/00766).

Le droit des relations de travail n'est évidemment pas en reste dans ce nouveau numéro du Bulletin, où les auteurs se sont intéressés à des enjeux d'une particulière actualité.

Notamment la délicate (et récurrente) question des preuves dont les salariés peuvent se prévaloir dans un contentieux les opposant à leur employeur. Il s'agissait en l'espèce d'un transfert de fichiers de clientèle opéré discrètement par le salarié vers sa boîte mail personnelle, au moment où il négociait avec son employeur la rupture amiable de son contrat de travail. La Cour a ainsi pu préciser le régime d'admission de ces preuves, et clarifier en quoi, à ses yeux, ces productions lui apparaissaient comme strictement nécessaires à l'exercice des droits de défense du salarié. Les circonstances du litige n'avaient rien d'évident, et avaient conduit le Conseil des prud'hommes de Nanterre à retenir le manquement du salarié à son obligation de loyauté (CA Versailles, 11^{ème} ch., 8 oct. 2020 - R.G. n° 18/04300).

Ont également retenu l'attention, trois arrêts rendus par la 11e chambre à propos de la preuve d'un harcèlement moral et/ou sexuel au travail : une nouvelle occasion de rappeler, dans un commentaire commun, à quel point ces contentieux sont complexes et fortement dépendants du pouvoir d'appréciation des faits qui appartient aux juges du fond ; mais aussi, dans le même temps, de repréciser la méthodologie suivie par ces juges pour y déceler une vérité judiciaire. Qu'il s'agisse des éléments produits par les salariés pour établir la matérialité de leurs allégations, ou de l'action des employeurs cherchant à prévenir les difficultés que rencontrent, ou peuvent rencontrer, leurs salariés, la Cour sonde là, les conditions d'objectivité des raisonnements judiciaires qui s'y appliquent... raisonnements dont il faut bien reconnaître qu'ils exigent davantage des employeurs que des salariés, au nom de leur

responsabilité particulière vis-à-vis de la santé de ceux qui travaillent pour eux (CA Versailles, 11^{ème} ch., 10 sept. 2020 - R.G. n°18/03459; 17 sept. 2020, R.G. n°18/04073 ; 22 oct. 2020, R.G. n°18/04355). Enfin, ce numéro aborde la problématique des licenciements pour insuffisance professionnelle, derrière laquelle se niche l'épineuse question des limites au pouvoir de libre appréciation par l'employeur des performances de son salarié. Là encore, le lecteur trouvera dans le commentaire de deux décisions groupées de la 11^{ème} chambre, un rappel fort utile du droit applicable qui, en pratique, est délicat à manipuler : où réside la frontière entre le disciplinaire et l'évaluation des compétences professionnelle, comment assurer l'objectivité de cette évaluation ? Autant de questions qui exigent du juge (et de l'employeur vigilant) un travail de patience, assis sur une analyse rigoureuse et fine des situations examinées. A l'heure où les entreprises procèdent à de nombreuses ruptures des relations contractuelles, et notamment fondées sur ce motif pour beaucoup de jeunes salariés, ou des salariés dont le comportement disciplinaire est difficilement attaquant, la Cour fait ici une oeuvre particulièrement utile (CA Versailles, 11^{ème} ch., 10 sept. 2020 - R.G. n°18/02089 ; 17 sept. 2020, R.G. n°18/03734).

Victoire Lasbordes – de Virville

Benoît Petit

*Maitres de conférences en Droit privé- HDR
Coordinateurs du BACAV
Université de Versailles – Saint-Quentin (Paris-Saclay)
Laboratoire Dante*

Droit des procédures collectives, commentaire par Simon Farges CA Versailles, 13^{ème} ch., 29 septembre 2020, R.G. n° 20/01566

Par l'arrêt rendu le 29 septembre 2020, la Cour d'appel de Versailles rappelle que le principe de la contradiction, prévu par les articles R. 622-1 et R. 631-3 du code de commerce, doit impérativement être respecté afin de procéder valablement au changement de mission d'un administrateur judiciaire.

Une société par actions simplifiée, dénommée P18 Voltaire, fait partie d'un groupe de sociétés qui exploitent un fonds de commerce de restauration japonaise et exercent leur activité sous l'enseigne « *Planet Sushi* ». À l'instar des autres entités du groupe précité (il convient de noter que la Cour d'appel de Versailles a rendu pas moins de seize arrêts, rédigés en des termes identiques, le 29 septembre 2020 afin de se prononcer sur la validité du changement de mission des administrateurs judiciaires qui avait été décidé dans seize sociétés du groupe), la société par actions simplifiée P18 Voltaire fait l'objet d'une procédure de sauvegarde, ouverte par un jugement en date du 8 juillet 2014 du Tribunal de commerce de Nanterre.

Le 12 décembre 2019, au regard des difficultés financières persistantes de la société P18 Voltaire, le commissaire à l'exécution du plan demande la résolution du plan de sauvegarde, lequel avait été arrêté le 13 août 2015 avant d'être modifié le 3 novembre 2017. Le 16 décembre 2019, la société P18 Voltaire déclare son état de cessation des paiements, ce qui aboutit à la résolution du plan de sauvegarde ainsi qu'à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire par un jugement du 8 janvier 2020, rectifié le lendemain. Un mandataire judiciaire ainsi que des administrateurs judiciaires, ayant pour mission d'assister le débiteur pour tous les actes relatifs à la gestion, sont alors nommés.

Le 4 mars 2020, à la suite d'une demande orale du parquet (lus exactement, la demande de changement de mission était ainsi motivée : « *absence de collaboration du dirigeant avec les organes de la procédure qui n'arrivent pas à obtenir des documents essentiels comme la liste des créanciers ou des informations financières sur les sociétés du groupe alors qu'il existe des flux financiers opaques ; absence d'organisation des élections professionnelles ; création d'un passif nouveau de 5 500 000 euros, en sorte que des détournements d'actifs au préjudice des créanciers sont à craindre.* »), la mission d'assistance dont les administrateurs judiciaires étaient investis est modifiée en une mission d'administration par le Tribunal de commerce de Nanterre. La société P18 Voltaire interjette appel de cette décision le 10 mars 2020.

Au soutien de sa demande, la société P18 Voltaire considère d'une part que nulle requête n'ayant été adressée au tribunal afin d'obtenir un changement de mission des administrateurs judiciaires, il n'a pu être saisi dans les conditions posées à l'article L. 622-1 du code de commerce. D'autre part, l'appelante considère que le Tribunal de commerce de Nanterre s'est irrégulièrement saisi d'office, méconnaissant ce faisant les articles 16 du code de procédure civile (v. l'alinéa 1^{er} dudit article : « *Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.* ») et R. 631-3 du code de commerce, dès lors qu'aucune convocation émanant du greffe, « *exposant les faits de nature à motiver l'exercice par le tribunal de son pouvoir d'office n'a précédé l'audience du 4 mars 2020* ».

Les intimés considèrent, quant à eux, que le principe de la contradiction a bien été respecté puisque, dans une procédure orale, les prétentions des parties sont présumées avoir été contradictoirement débattues. Ils ajoutent qu'aucune réplique, y compris après la clôture des débats, n'a été formée en première instance par l'appelante. Ils rappellent enfin que si, par extraordinaire, l'annulation du jugement en date du 4 mars 2000 était prononcée, la Cour d'appel de Versailles pourrait décider elle-même du

changement de mission, conformément à l'effet dévolutif de l'appel prévu aux articles 561 et 562 du code de procédure civile.

Tout d'abord, la Cour d'appel de Versailles juge que l'interrogation soulevée par le procureur de la République en première instance, portant sur l'opportunité d'un changement de mission des administrateurs judiciaires, ne constitue pas une requête orale au sens de l'article R. 622-1 du code de commerce permettant de saisir valablement le tribunal. Qui plus est, la cour précise que ni le juge-commissaire ni le débiteur n'ont été invités par les premiers juges à présenter des observations, ce qui constitue une violation du principe de la contradiction.

Par ailleurs – pour conclure à l'irrégularité de la saisine d'office du Tribunal de commerce de Nanterre eu égard aux conditions posées par l'alinéa premier de l'article R. 631-3 du code de commerce – la Cour d'appel de Versailles note qu'aucune convocation n'a été envoyée à la société P18 Voltaire préalablement à la modification de la mission des administrateurs judiciaires et que les observations de la société P18 Voltaire n'ont pas été recueillies lors d'une audience postérieure à celle du 8 janvier 2020. En outre, lors de l'audience en date du 4 mars 2020, la Cour d'appel de Versailles constate que le Tribunal de commerce de Nanterre n'a pas invité les parties à répliquer aux observations formulées oralement par le ministère public, ce qui lui permet de conclure définitivement à la violation du principe de la contradiction.

Enfin, la Cour d'appel de Versailles précise, d'une part, que l'irrégularité de la saisine du tribunal s'oppose à tout effet dévolutif de l'appel (à propos des règles relatives à la dévolution de l'appel : cf. art. 561 et art. 562 du code de procédure civile), nonobstant le caractère contradictoire des débats devant la Cour d'appel de Versailles. D'autre part, elle se prononce sur les conditions de l'évocation du litige, telles que celles-ci sont reproduites à l'article 568 du code de procédure civile, en considérant qu'elles ne sont pas réunies.

L'arrêt commenté constitue une belle illustration de l'importance que revêt le principe de la contradiction lors d'un changement de mission du ou des administrateur(s) judiciaire(s), tant lors d'une saisine du tribunal de commerce par voie de requête, quand bien même cette dernière se révélerait en l'espèce irrégulière, que dans l'hypothèse d'une saisine d'office par le tribunal.

L'irrégularité de la saisine du tribunal de commerce par voie de requête

Lorsqu'une procédure de sauvegarde a été ouverte, l'administrateur judiciaire peut être chargé d'une mission de surveillance. Le cas échéant, il intervient essentiellement *a posteriori* afin de contrôler la gestion du débiteur (C. Saint-Alary-Houin, H. Monsérié-Bon et C. Houin-Bressand, *Droit des entreprises en difficulté*, 12^{ème} éd., 2020, Domat, n°575 ; P. Le Cannu et D. Robine, *Droit des entreprises en difficulté*, 8^{ème} éd., 2020, Précis Dalloz, n°432). Si une telle procédure a été ouverte, il peut également être chargé d'une mission d'assistance. L'administrateur judiciaire dispose alors de pouvoirs plus importants puisque, concrètement, une double signature s'impose afin de parfaire l'acte juridique (C. Saint-Alary-Houin, H. Monsérié-Bon et C. Houin-Bressand, *préc.*, n° 576 ; P. Le Cannu et D. Robine, *préc.*, n° 495). En revanche, si une procédure de redressement judiciaire n'a pas été ouverte, une mission de représentation (art. L. 622-1 c. com. pour la sauvegarde et art. L. 631-12 pour le redressement judiciaire ; C. Saint-Alary-Houin, H. Monsérié-Bon et C. Houin-Bressand, *préc.*, n° 574 et n° 1112) ne peut être dévolue à l'administrateur judiciaire, conformément au caractère plus libéral de la sauvegarde (v. en ce sens : P. Le Cannu et D. Robine, *préc.*, n° 494, lesquels rappellent que : « [...] *la modulation du rôle du débiteur et du rôle du ou des administrateurs montre le relatif libéralisme de la sauvegarde où le chef d'entreprise conserve des responsabilités importantes* »). *A contrario*, si une mission d'assistance peut toujours être confiée à l'administrateur judiciaire, ce dernier peut être investi d'une

mission de représentation (le cas échéant, l'administrateur exerce les pouvoirs qui lui sont reconnus par l'article L. 622-7, II du code de commerce et par l'article L. 622-8 al. 3 du même code ; réciproquement, c'est l'administrateur chargé d'une mission de représentation du débiteur qui doit être mis en cause en cas de reprise des actions en justice, conformément à l'article L. 622-23 dudit code. *V. sur ce point, C. Saint-Alary-Houin, H. Monsérié-Bon et C. Houin-Bressand, préc., n° 1112, p. 737*) lorsqu'une procédure de redressement judiciaire a été ouverte. Partant, une modification de la mission du ou des administrateur(s) judiciaire(s) est susceptible d'intervenir, notamment lorsqu'une procédure de redressement judiciaire succède à une procédure de sauvegarde.

En l'espèce, un changement de mission des administrateurs judiciaires avait été décidé par un jugement en date du 4 mars 2020 rendu par le Tribunal de commerce de Nanterre. Or, la question se pose de savoir si l'interrogation oralement soulevée par le procureur de la République en première instance, portant sur l'opportunité d'un éventuel changement de mission des administrateurs judiciaires, constitue une requête au sens de l'article R. 622-1 du code de commerce. Si une réponse positive est retenue, la saisine du tribunal – appelé à statuer sur le changement de mission – est valable et les conditions dans lesquelles a été décidé le changement de mission peuvent alors être contrôlées. Dans le cas contraire, le tribunal ne pouvait en revanche procéder, à bon droit, au changement de la mission dont les administrateurs judiciaires étaient investis. Dans la présente affaire, la Cour d'appel de Versailles répond par la négative.

Afin de justifier la position qu'elle a adoptée, la Cour d'appel de Versailles précise tout d'abord que l'interrogation orale du ministère public ne constitue pas une requête, au sens de l'article R. 622-1 du code de commerce, c'est-à-dire un mode de saisine valable du tribunal de commerce appelé à statuer sur un changement de mission des administrateurs judiciaires. Ainsi, puisqu'il n'y a pas eu de saisine du tribunal par voie de requête, les dispositions de l'article R. 622-1 du code de commerce – lesquelles autorisent, sous réserve que certaines conditions soient réunies, le changement de la mission des administrateurs judiciaires – ne trouvent pas application. Il convient de relever que les juges du fond profitent de l'occasion pour préciser par un *obiter dictum* que, si le tribunal avait été régulièrement saisi par voie de requête, le principe de la contradiction n'aurait pas été respecté en l'espèce dès lors que « [...] *ni le juge-commissaire ni le débiteur n'ont été invités par les premiers juges à présenter des observations.* ».

Si l'irrégularité de la saisine du Tribunal de commerce de Nanterre par voie de requête est constatée par la Cour d'appel de Versailles dans un premier temps, cette dernière est appelée à statuer, dans un second temps, sur la licéité de la décision de modifier la mission des administrateurs judiciaires par le tribunal s'étant saisi d'office.

La méconnaissance du principe de la contradiction par le tribunal de commerce saisi d'office

Par une décision du 6 juin 2014, le Conseil constitutionnel a considéré que la faculté pour le juge d'exercer certains pouvoirs d'office dans le cadre de l'instance dont il est saisi ne méconnaissait pas le principe d'impartialité dès lors que cette faculté est justifiée par un motif d'intérêt général et qu'elle est exercée dans le respect du principe de la contradiction (Cons. const., 6 juin 2014, n°2014-399 QPC, *D.* 2014. *Actu.* 1271. Plus précisément, le Conseil constitutionnel a été saisi le 8 avril 2014 par la Cour de cassation -chambre commerciale, arrêt n°453 du 8 avril 2014-, dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par la société *Beverage and Restauration Organisation SA*, portant sur la conformité à la Constitution du paragraphe II de l'article L. 631-15 du code de commerce). Or, en l'espèce, le changement de la mission dont les administrateurs judiciaires étaient investis est critiqué par le débiteur au motif qu'aucune convocation ne lui avait été

adressée préalablement. Le tribunal, après s'être saisi d'office (v. sur cette possibilité, C. com., art. L. 631-12 al. 4 : « *À tout moment, le tribunal peut modifier la mission de l'administrateur sur la demande de celui-ci, du mandataire judiciaire, du ministère public ou d'office.* »), aurait donc méconnu le principe de la contradiction faute d'avoir « *fait convoquer le débiteur à la diligence du greffier, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, à comparaître dans le délai qu'il fixe* » (C. com., art. R. 631-3 al. 1^{er} : « *Lorsque le tribunal exerce son pouvoir d'office et à moins que les parties intéressées n'aient été invitées préalablement à présenter leurs observations, le tribunal fait convoquer le débiteur à la diligence du greffier, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, à comparaître dans le délai qu'il fixe.* ») selon l'appelant.

La Cour d'appel de Versailles considère que la modification de la mission des administrateurs judiciaires n'est pas valable dès lors que le principe de la contradiction n'a pas été respecté. En effet, en première instance, dans le dessein de recueillir les observations du débiteur, la question du changement de mission n'a été ni évoquée ni renvoyée à une audience ultérieure, contrairement à ce que prévoit pourtant l'alinéa premier de l'article R. 631-3 du code de commerce. Par ailleurs, la Cour d'appel de Versailles relève qu'aucune « *convocation en vue de la modification de la mission des administrateurs judiciaires n'a été envoyée à la société objet de la procédure* ». Enfin, la violation du principe de la contradiction résulte également de l'absence d'invitation par le tribunal adressée aux parties pour que ces dernières répliquent aux observations formulées oralement par le ministère public (la cour d'appel profite de l'occasion qui lui est donnée pour préciser à cet égard, par un nouvel *obiter dictum*, que « *une note en délibéré non autorisée aurait été irrecevable* »).

Fort logiquement à notre sens au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, laquelle apprécie strictement le respect du principe de la contradiction en droit des entreprises en difficulté (v. par ex. dans l'hypothèse d'une saisine d'office du tribunal pendant la période d'observation, prévue par l'article L. 631-15, II, du code de commerce, Cass. com., 9 févr. 2010, n°09-10.925, D. 2010. AJ 500, en l'espèce, la Haute juridiction considère que le principe de la contradiction suppose que la note, jointe à la convocation de l'exposé des faits motivant la saisine d'office en vue de convertir le redressement en liquidation judiciaire, constitue une formalité impérative ; rappr., Cass. com., 1^{er} mars 2016, n°14-21.997 P : D. 2016. Actu. 597 ; LEDEN 4/2016. 5, obs. O. Staes ; BJE 2016. 181, note P. Rossi ; RJDA 2016, n°466 ; Procédures 2016, n°204, note B. Rolland ; Gaz. Pal. 28 juin 2016, p. 63, obs. Ch. Lebel ; Dr. sociétés 2016, n°152, note J.-P. Legros. Dans cette affaire, la chambre commerciale juge que « *la mention du rappel de l'affaire ou la comparution [du débiteur] ne pouvaient suppléer à l'absence d'une convocation faite en vue de la conversion d'office du redressement en liquidation et dans les formes prévues par l'article R. 631-3 du code de commerce, sans le respect desquelles la saisine du tribunal était irrégulière, la cour d'appel a violé les textes susvisés* » ; v. pour une confirmation de l'arrêt : Cass. com., 20 juin 2018, n°17-13.204 P : D. 2018. Actu. 1308 ; RTD com. 2018. 1023, obs. C. Saint-Alary-Houin ; RPC 2018, n°143, obs. Lebel ; APC 2018, n°208, obs. O. Salhi ; LEDEN 9/2018. 6, obs. L. Camensuli-Feuillard ; RJDA 2018, n°751 ; Gaz. Pal. 9 oct. 2018, p. 70, obs. G.-C. Giorgini ; BJE 2018. 438, note O. Staes), la Cour d'appel de Versailles infirme le jugement rendu en première instance. Et pour cause, lorsqu'une mission de représentation est confiée à l'administrateur, les dirigeants de la société ne disposent plus du pouvoir de gérer la société (à dire vrai, l'affirmation peut être nuancée puisque l'article L. 622-3 du code de commerce, applicable par renvoi lors du redressement judiciaire - C. com., art. L. 631-14- prévoit que les actes de gestion courante sont réputés valables à l'égard des tiers de bonne foi. Par conséquent, il convient de retenir que la disposition reproduite à l'article L. 622-3 du Code de commerce n'a vocation à intervenir qu'à titre subsidiaire afin de protéger les tiers de bonne foi qui ont contracté avec le débiteur. V. sur ce dernier point : Cass. com., 4 juin 2013, n°12-17.203, Act. proc. coll. juill. 2013. Repère n°163, obs. G. Jazottes). Or, en pratique, le choix de confier à

l'administrateur judiciaire une mission de représentation n'est pas le plus fréquent (v. en ce sens : M.-H. Monsérié-Bon, « Entreprises en difficulté : période d'observation – Gestion de l'entreprise », oct. 2014 (actualisation : oct. 2020), *Rép. soc.*, spéc. n° 55) ; au vrai, il ne doit s'imposer que si « *le débiteur ne peut plus administrer l'entreprise ou que sa capacité à le faire et/ou son honnêteté sont remises en cause* » (*Ibid*). C'est la raison pour laquelle il nous apparaît pleinement légitime que le principe de la contradiction – compte tenu de son importance au sein de notre ordonnancement juridique (CEDH, 27 mars 1998, J. J. c/ Pays-Bas : le principe du contradictoire découle du caractère équitable du procès au sens de l'art. 6§1 et garantit aux parties « *le droit de se voir communiquer et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge, fût-ce par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision* » ; et pour une étude d'ampleur sur le principe de la contradiction : L. Ascensi, *Du principe de la contradiction*, dir. L. Cadiet, LGDJ, 2006, pp. 536) – trouve application dans de telles circonstances puisque le jugement ayant vocation à investir les administrateurs judiciaires d'une mission de représentation présente un caractère quasi-disciplinaire dès lors qu'il est fondé sur une mauvaise gestion de la société par le dirigeant (rapp. sur le fondement du principe de la contradiction pouvant être recherché dans « *le caractère disciplinaire d'une révocation lorsqu'elle celle-ci est fondée sur une faute de l'intéressé* » : Ph. Merle, « La révocation des mandataires sociaux », *RJ. com.*, Janv.-Févr. 2017, spéc. p. 8). *In fine*, l'infirmité du jugement, rendu par le Tribunal de commerce de Nanterre le 4 mars 2020, nous semble pleinement justifiée.

Simon FARGES,
Docteur en droit de l'Université de Versailles – Saint-Quentin (Paris-Saclay)
Laboratoire DANTE

Droit du crédit et compensation, commentaire par Hakim Hadj-Aïssa **CA Versailles, 13^{ème} ch., 28 avril 2020, R.G. n° 18/07372**

L'arrêt rendu le 28 avril 2020 par la Cour d'appel de Versailles concerne un litige entre une société d'achat et de revente de produits pétroliers et une banque qui émettait (pour les importations) et confirmait (pour les exportations) des crédits documentaires à son profit. En tant qu'émettrice des crédits imports, elle était créancière de la société pour qui elle effectuait des avances en payant l'autre partie. En tant que banque confirmatrice, elle était débitrice de la société au profit de laquelle elle recevait les paiements. La banque était essentiellement confirmatrice sur le marché mauritanien. En revanche, elle était aussi émettrice sur le marché soudanais. Or, des problèmes d'exécution des crédits sont apparus sur le marché soudanais. En l'espèce, la société cliente a importé des produits qui ont été payés par la banque en tant qu'émettrice des crédits. En contrepartie de l'avance effectuée par la banque, la société lui a proposé un crédit d'exportation qui devait être payé par la Banque centrale du Soudan, sur ordre d'une société du même pays. Toutefois, la banque a refusé la proposition en raison de conditions de règlement qui lui étaient désavantageuses. Pour tenter de résoudre le problème, la banque a donc octroyé à sa cliente des prêts qui n'ont malheureusement pas été honorés. Afin d'obtenir remboursement des avances ainsi effectuées, elle a donc procédé à une compensation entre, d'une part, les dettes dont elle était redevable au profit de sa cliente en tant que banque confirmatrice sur le marché mauritanien et, d'autre part, les créances qu'elle avait contre sa cliente en tant que banque émettrice sur le marché soudanais. La société cliente a ainsi intenté une action contre la banque devant le Tribunal de commerce

de Nanterre qui l'a déboutée de sa demande. Elle a donc interjeté appel auprès de la Cour d'appel de Versailles. La question était de savoir si la banque pouvait compenser des dettes nées d'opérations distinctes dans le cadre de crédits documentaires. La Cour répond par l'affirmative. L'arrêt, rendu sur le fondement des dispositions antérieures à la réforme du droit des obligations, est riche d'enseignements sur la nature de la compensation ainsi que sur son régime.

La nature de la compensation

La compensation : un mode de paiement (?). Dans cette affaire, les parties avaient fait référence aux Règles et Usances Uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU 600) établies par la Chambre de commerce internationale. Dès lors, étant intégrées dans la convention conclue entre elles dans leur version de 2007, les RUU avaient force obligatoire. Ces règles interdisent notamment à la banque de révoquer un crédit qu'elle a accepté de confirmer. Sur ce fondement, la société cliente a donc défendu l'idée qu'en compensant les dettes, la banque n'avait pas honoré son obligation de paiement. Ce n'est pas ce que considère la cour d'appel qui explique, en premier lieu, que les RUU n'excluent pas la compensation comme mode d'extinction des obligations. Elle affirme, ensuite, qu'en compensant les dettes, la banque a effectué un paiement et, par voie de conséquence, honoré ses engagements. Ainsi, « *en invoquant la compensation, la banque n'a pas révoqué son engagement et ne s'y est pas soustrait mais a utilisé une modalité d'exécution de l'obligation prévue par la loi* ». Ce faisant, la cour d'appel considère que la compensation a la nature d'un paiement, ce qui est d'ailleurs conforme à une jurisprudence assez ancienne (Cass. req. 4 mars 1867). De nombreux auteurs considèrent, en ce sens, que la compensation opère un paiement – qualifié parfois de « double », d'« abrégé » ou de « simplifié » – d'obligations réciproques. Il s'agirait, en d'autres termes, d'un mode d'extinction satisfaisant de l'obligation qui aurait une nature similaire à celle du paiement.

La nature de la compensation légale après la réforme. Déjà avant la réforme, des auteurs ont mis en lumière la différence de nature entre la compensation et le véritable paiement. Selon cette position, la compensation aurait une nature particulière (V. Brémond, *Les conditions de l'effet interruptif de la prescription attaché à la compensation*, LPA 20 août 2003, n° 5) voire autonome. La réforme de 2016 pourrait relancer ce perpétuel débat. En effet, tout d'abord, les règles de la compensation n'ont pas été placées dans la section relative au paiement – à l'inverse de la subrogation – mais directement à la suite de celle-ci. Ensuite, le mécanisme de la compensation ne correspond pas véritablement à la définition du paiement telle qu'elle est désormais inscrite à l'article 1342 du Code civil. Le paiement est effectivement défini comme l'exécution volontaire de la prestation due. Or, la compensation consiste justement à s'abstenir d'exécuter la prestation. À défaut d'exécution, il y a en réalité « non-paiement » réciproque des obligations (L. Andreux, *Réflexions sur la nature juridique de la compensation*, RTD com. 2009, p. 655, n° 6), ce qui est antinomique de la notion de paiement. En ce sens, la compensation se rapprocherait davantage de l'exception d'inexécution (G. Marty et P. Raynaud, P. Jestaz, *Droit civil, Les obligations – Le régime*, Sirey, 2^{ème} éd., 1989), même s'il faut se garder de toute confusion entre ces deux notions. Certes, le régime de la compensation correspond en partie à celui du paiement, notamment quant à son effet libératoire (bien que la compensation ne soit qu'indirectement satisfaisante là où le paiement pur et simple l'est directement). Pareillement pour les règles d'imputation de la compensation partielle qui s'inspirent de celles du paiement. Toutefois, il s'agit là d'une coïncidence de régime, laquelle ne procède pas d'une identité de nature. La question n'est pas simplement théorique puisque, si la nature autonome de la compensation devait l'emporter, celle-ci pourrait avoir des conséquences sur la reconnaissance du droit à compensation de la banque confirmatrice en matière de crédit documentaire : s'il ne s'agit plus d'un mode de paiement de l'obligation alors, comme ont pu le faire valoir les requérants, il deviendrait plus facile de démontrer l'inexécution de l'engagement de la banque d'honorer la dette. Mais faudrait-il pour autant dénier à la banque le droit de compenser ? Une telle solution serait contraire à l'équité (l'équité sert parfois de fondement à certains droits comme, par exemple, en matière d'action directe : C. Jamin, *La notion d'action directe*, LGDJ, coll. Bibl. dr. priv., 1991) car la banque, en tant que tiers payeur, doit pouvoir se prémunir des risques de non remboursement de la part de ses clients. Or, ne pas lui permettre de compenser les dettes serait l'exposer à un risque d'insolvabilité parfois avéré. À ce titre, il faut rappeler que la compensation poursuit davantage une

fonction de garantie que de paiement, même lorsqu'elle est de nature légale, de sorte qu'il doit être permis à la banque d'invoquer ce droit.

Le régime de la compensation

Une exception personnelle à la banque. L'une des questions soulevées dans cet arrêt était également de savoir si la banque pouvait soulever la compensation, en tant qu'exception, contre son client. Les requérants avaient en effet cherché à dénier le droit de la banque à exciper de la compensation dans le cadre de la demande en paiement qui les opposait à elle. Il est vrai que le crédit documentaire connaît une règle d'inopposabilité des exceptions, rappelée dans l'arrêt, ce qui le rapproche conceptuellement de la délégation – simple ou novatoire selon les cas (F. Pasqualini, G. Marain, *Droit du crédit bancaire*, Bruylant, coll. Paradigme, 2020, p. 198, n° 451) – au sens de l'article 1336 du Code civil. Toutefois, dans le crédit documentaire, l'inopposabilité des exceptions s'applique à celles qui naissent dans le cadre du contrat de base, et non à celles qui surgissent du rapport d'obligation qui lie la banque à son client. La cour d'appel a donc, à juste titre, considéré que la banque pouvait soulever la compensation légale en tant qu'exception dont elle était bénéficiaire. Plus précisément, il s'agit d'une exception personnelle et non, comme la compensation entre dettes connexes par exemple, une exception inhérente à la dette. La solution qui a été rendue pourrait donc s'appliquer à d'autres exceptions personnelles telles que l'octroi d'un terme ou la remise de dette.

La condition de réciprocité. Dans l'affaire en question, les dettes sont nées dans des actes distincts. La société requérante a donc cherché à prouver que les conditions de la compensation n'étaient pas remplies et, plus particulièrement, celle qui concerne la réciprocité. La cour d'appel explique toutefois que « *la compensation pouvant se réaliser quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, le fait que la compensation litigieuse soit intervenue entre des créances nées dans le cadre de relations commerciales totalement indépendantes n'est ni une cause d'irrégularité de l'opération ni une démonstration d'une prétendue déloyauté* ». En filigrane, cela revient à dire que les dettes étaient réciproques, ce à quoi elle conclura d'ailleurs dans les motifs suivants. Il est vrai que la réciprocité implique une identité de personnes respectivement débitrices et créancières l'une de l'autre. Il est vrai aussi que, dans cette affaire, il existe une identité de patrimoines. Par conséquent, il est permis de dire que la condition de réciprocité est bel et bien remplie.

Condition d'exigibilité et renonciation au terme. Dans le crédit documentaire, la banque confirmatrice bénéficie parfois de délais pour payer son client. Dans un tel cas, le paiement est à échéance, ce qui revient à dire que l'obligation est affectée d'un terme suspensif. Toutefois, l'ancien article 1187 du Code civil présumait, de manière simple, que le terme était stipulé dans l'intérêt du débiteur et, par voie de conséquence, admettait en principe que ce dernier puisse y renoncer. Il fallait donc que le créancier prouve que l'intérêt était partagé ou stipulé à son seul bénéfice pour faire obstacle à la renonciation. Ce sont ces règles que la cour d'appel a appliquées. Ces solutions s'évincent d'ailleurs d'une combinaison des articles 1305-3 et 1347 nouveaux du Code civil. En l'espèce, la société requérante a échoué à démontrer un prétendu intérêt partagé et la cour d'appel a donc naturellement rappelé que la banque pouvait renoncer au terme de 180 jours qui avait été stipulé dans son intérêt exclusif. Cette renonciation a eu pour effet de rendre exigible la dette de la banque à l'égard de sa cliente et, par voie de conséquence, lui permettre d'invoquer la compensation légale.

La renonciation à la compensation. La société requérante a argué du fait que l'engagement de la banque de payer le bénéficiaire dès la réception des fonds valait renonciation au droit d'invoquer la compensation, prétention que la cour d'appel rejette à juste titre. En effet, même si la renonciation à un droit peut n'être qu'implicite (CA Reims, 9 juin 1992, Juris-Data n° 1992-046975), elle ne doit toutefois pas être équivoque. En d'autres termes, la renonciation ne se présume pas (CA Metz, ch. civ. 1, 29 janv. 2003, RG n° 00/00465).

Compensation et recours contre la banque émettrice. La société cliente a enfin cherché à démontrer que le droit à compensation opposé par la banque confirmatrice lui faisait perdre son recours contre la banque émettrice. Pour contredire l'argument, la Cour d'appel de Versailles valide l'analogie opérée

avec la jurisprudence relative à la compensation effectuée par la caution actionnée qui conserve toujours, en dépit de celle-ci, son recours contre le débiteur principal (Cass. com. 13 mars 2012, pourvoi n° 10-28.635). Par conséquent, le bénéficiaire pourrait toujours tenter une action contre la banque émettrice si cette dernière n'a pas rempli son obligation à son égard.

Hakim HADJ-AÏSSA,
Maître de conférences en Droit privé
Université de Versailles – Saint-Quentin (Paris-Saclay)
Laboratoire DANTE

Droit des successions et responsabilité, commentaire par Clara Bernard-Xémard

CA Versailles, 1^{ère} ch. 1^{ère} section, 16 juillet 2020, R.G. n° 19/04468

Une veuve peut-elle engager la responsabilité civile professionnelle d'un notaire au motif que celui-ci n'a pu, après le décès de son époux, produire le testament olographe qu'il lui avait confié dans lequel il la désignait comme étant sa légataire ?

Telle était, au fond, la question posée à la Cour d'appel de Versailles, laquelle on s'en doute, présentait un enjeu financier non négligeable pour l'intéressée. En effet, dès lors que le testament olographe du mari défunt ne pouvait être produit, sa qualité de légataire dans la succession de son époux n'était alors pas établie. Dès lors, celle-ci avait, dans la succession, non les droits successoraux résultant de la libéralité que son époux avait faite en sa faveur, mais les droits successoraux que *la loi* confère au conjoint survivant au jour du décès du *de cuius*.

L'époux étant décédé le 1^{er} décembre 2015, s'étaient donc appliquées en l'espèce les dispositions issues de la loi du 3 décembre 2001 portant réforme de la matière (Loi n° 2001-1135 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions du droit successoral : JO 4 déc.). Ayant laissé au jour de son décès sa veuve et trois enfants dont l'aîné était issu d'un précédent mariage, sa succession avait été dévolue par application des dispositions contenues dans l'article 757 *in fine* du Code civil. Comme les enfants du *de cuius* n'étaient pas tous issus des deux époux, la conjointe survivante avait ainsi recueilli un quart des biens successoraux en pleine propriété (tous les enfants du *de cuius* n'étant pas issus des deux époux, la conjointe survivante n'avait pas disposé de l'option offerte par l'article 757, lui permettant de recueillir, à son choix, soit le quart de la succession en pleine propriété, soit la totalité de celle-ci en usufruit), soit en l'espèce la somme de 150 858,10 euros.

Si le testament fait par son mari en sa faveur avait pu être produit, sa situation successorale aurait alors été bien différente. En effet, l'acte, selon ses propres dires, l'instituait légataire de la plus forte quotité disponible spéciale entre époux prévue par l'article 1094-1 du Code civil. Selon ce texte, elle pouvait ainsi être gratifiée :

- soit de la quotité disponible ordinaire de l'article 913 du Code, c'est-à-dire un quart de la succession en présence de trois enfants, ce qui équivaut au fond à la part légale attribuée au conjoint survivant par le jeu de l'article 757 (ce qui représentait ici la somme de 150 857,10 euros),
- soit du quart des biens en pleine propriété et des trois autres quarts en usufruit, ce qui, en l'espèce, correspondait à la somme de 377 146,38 euros,
- soit de la totalité des biens successoraux en usufruit, ce qui représentait alors pour elle une somme de 301 717,10 euros.

Ainsi au regard du différentiel entre la somme perçue en sa qualité d'héritière légale et la somme à laquelle elle pouvait prétendre en choisissant, en tant que légataire, la deuxième branche de l'option de

l'article 1094-1 du Code civil (différentiel de plus de 226 000 euros), on comprend que la veuve ait été incitée à agir en justice, non pour remettre en cause la règlement de la succession de son mari qui avait été entre temps liquidée, mais pour demander à être dédommée par le notaire pour la faute civile qu'il avait commise en égarant le testament fait par son époux en sa faveur.

Bien lui en a pris ! Contrairement aux premiers juges, la Cour d'appel de Versailles a considéré, dans un arrêt du 16 juillet 2020, que l'appelante, Mme D., rapporte bien la preuve d'une faute du notaire, de préjudice qu'elle a subi et du lien de causalité entre l'un et l'autre. La responsabilité délictuelle du professionnel est donc engagée et, par le jeu des articles 15 et 16 de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles, les notaires successeurs associés dans la même S.C.P notariale sont condamnés *in solidum* au paiement des dommages et intérêts substantiels. Le raisonnement de la Cour mérite d'être examiné (II), ce qui implique au préalable de préciser le contexte du litige (I).

Le contexte : le testament olographe du *de cuius* égaré

Deux ans après leur mariage célébré en 1977, les époux D. s'étaient rapprochés du notaire qui avait établi leur contrat de mariage initial, Maître C. : ils voulaient se consentir réciproquement, par le biais de libéralités, des droits successoraux plus importants que ceux qu'octroyait la loi au conjoint survivant. Leur volonté était d'autant plus impérieuse que l'épouse avait quinze ans de moins que son mari et qu'à l'époque, en 1979, le conjoint survivant bénéficiait de droits légaux restreints dans la succession du *de cuius*. En présence d'enfants, la vocation successorale légale du conjoint survivant était, en effet, limitée au quart de la succession en usufruit par le jeu de la loi applicable à l'époque. En raison de la nationalité britannique de Mme D., Maître C. leur avait déconseillé la technique de la donation au dernier vivant, cette institution étant inconnue du droit britannique. Il avait alors proposé aux conjoints de faire chacun un testament olographe (le testament olographe est celui qui est fait de la main du testateur ; pour être valable, il doit être « écrit en entier, daté et signé de la main du testateur », C. Civ., art. 970) de manière à instituer l'autre légataire de la plus forte quotité disponible spéciale entre époux prévue par l'article 1094-1 du Code civil. Selon les dires de Mme D., les époux s'étaient exécutés et avaient ensuite envoyé, par lettre recommandée avec accusé réception en date du 19 juin 1979, les deux testaments à Maître C. pour qu'il les conserve dans son étude. Entre 1980 et 2003, les époux D. et Maître C. avaient échangé plusieurs courriers en rapport avec lesdites libéralités.

Lorsque Monsieur D. est décédé en 2015, le notaire chargé du règlement de sa succession, Maître L., s'est rapproché, non de Maître C. qui avait pris sa retraite dans l'intervalle, mais de son successeur et des autres notaires associés de la S.C.P afin de se voir transmettre le testament du *de cuius*. Quelques mois plus tard, par lettre du 18 février 2016, la chambre départementale des notaires avait informé l'épouse survivante que le successeur de Maître C. ne retrouvait pas trace d'un testament déposé par Monsieur D., ce qu'avait ensuite confirmé un courrier de la S.C.P notariale en date du 11 mars 2016. A défaut de testament, la succession du *de cuius* avait été liquidée en juillet 2016 par le jeu des règles légales. Et en 2017, Mme D. avait assigné en justice Maître C. ainsi que ses successeurs.

Sur le plan civil (sur le plan pénal, le notaire peut voir sa responsabilité engagée s'il a commis une infraction sanctionnée par la loi pénale notamment l'escroquerie, l'abus de confiance, le faux en écriture publique visé par l'article 441-4 du Code pénal, la destruction volontaire, la suppression et le détournement de titres visés par l'article 432-16... ; lorsqu'il a manqué aux règles déontologiques, sa responsabilité disciplinaire peut également être engagée néanmoins, selon la Cour de cassation, la sanction disciplinaire suppose en général, et à la différence de la responsabilité civile, une faute intentionnelle de la part du notaire, Cass. civ. 1^{ère}, 14 oct. 1968, Bull. civ. I, n° 168), l'engagement de la responsabilité du notaire dans le cadre de l'exercice de ses fonctions trouve naturellement son fondement dans la règle qui s'applique en la matière à tout à chacun, à savoir l'article 1240 du Code civil (dans sa numérotation issue de l'ordonnance n° 2016-1231 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, ancien art. 1382) selon lequel « *tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». La Cour d'appel de Versailles, après avoir visé le texte, commence par rappeler explicitement qu'il appartient à l'appelante de rapporter la preuve des trois conditions cumulatives. Et au terme d'un examen

particulièrement minutieux des faits, elle considère que la démonstration est en l'occurrence faite, aboutissant ainsi à l'engagement de la responsabilité des notaires assignés.

La conséquence : la responsabilité des notaires engagée

La responsabilité du professionnel est engagée parce que Mme D. est parvenue à convaincre les juges versaillais que le notaire qui s'était vu au départ confier par son client son testament olographe avait par la suite commis une faute, entraînant pour elle un préjudice et qu'il existait entre les deux un lien de causalité.

S'agissant de *la faute*, on sait que celle-ci peut abriter en droit de la responsabilité civile des comportements très variés, parmi lesquels des actes de négligence, d'imprudence ou de malveillance, des mensonges... En l'espèce, la cour d'appel considère que le notaire « *est, conformément à l'article 1927 du Code civil, tenu d'apporter dans la garde du testament les mêmes soins que si l'acte émanait de lui-même* » et que « *dépositaire de confiance compte tenu de son statut, il doit conserver et faire exécuter le testament qui lui a été confié* ». Aussi, en ne pouvant restituer le testament olographe que Monsieur D. lui avait confié (ces différents faits étaient ici établis : il ressortait en effet de différents courriers que les époux D. avaient, chacun, rédigé un testament en faveur de l'autre, qu'ils les avaient adressés au notaire pour qu'il les conserve et que celui-ci les avait bien reçus), le notaire a commis une faute. Le raisonnement est juste : si effectivement un client fait le choix de confier son testament olographe à un notaire pour qu'il en assure la conservation, ce dernier est alors dépositaire de l'acte. Il est donc juridiquement tenu de le restituer au moment voulu. Pour s'exonérer de sa responsabilité, il peut d'ailleurs être tentant pour le notaire d'invoquer le comportement de ses clients. Les intimés n'ont pas manqué de le faire ici mais sans parvenir à convaincre la cour d'appel, laquelle exclut explicitement le jeu de deux causes d'exonération de la responsabilité du professionnel. Elle souligne ainsi, en premier lieu, que « *la volonté de l'intéressé de ne pas inscrire son testament au fichier précité (à savoir le Fichier central des dispositions de dernière volonté) est sans incidence sur la faute du notaire qui a perdu celui-ci* » (d'autant que l'inscription du testament au fichier central des dispositions de dernière volonté ne renseigne en rien sur le contenu du testament). Elle indique, en second lieu, que « *l'absence de conservation par les parties d'une copie ne peut exonérer le notaire de son manquement* ». Effectivement, ces choix qui relèvent de la libre conscience et de la seule volonté du testateur sont, sans rapport aucun, avec les obligations qui pèsent sur le notaire en sa qualité de dépositaire.

La cour d'appel caractérise ensuite le préjudice subi par Mme D. en raison de la perte du testament. Il s'agit, selon elle, non d'un préjudice direct et certain mais du préjudice lié à une perte de chance réparable résultant de la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable, dont on sait que la jurisprudence admet classiquement l'indemnisation (Cass. civ. 2^{ème}, 12 mai 1966, Bull. civ. III, n° 564, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 13^{ème} éd., vol. 2, n° 187). Plus précisément, elle considère qu'en raison de l'impossibilité du notaire de restituer le testament olographe du *de cujus* – et dont les circonstances ont permis d'établir d'une part l'existence et d'autre part un contenu en faveur de son épouse –, cette dernière « *a ainsi perdu une chance de se prévaloir de dispositions testamentaires en sa faveur* », lesquels lui donnaient « *des droits excédant ses droits légaux* ». La cour d'appel évalue ici la perte de chance à 75%.

Enfin, la cour d'appel prend le temps de démontrer que le préjudice subi par Mme D. découle bien de la faute commise par le notaire et non de sa propre faute. En effet, les notaires intimés faisaient valoir, pour leur défense, que si la succession de l'époux défunt avait été réglée par application des règles légales, c'est parce que l'épouse survivante n'avait pas fait les démarches nécessaires, ni invoqué le testament dans le cadre de la succession. Elle aurait ainsi commis une faute et serait « *seule à l'origine du préjudice dont elle demande réparation* ». La cour d'appel réfute l'argument sur le terrain de la faute, en démontrant que cette dernière résulte de la seule perte du testament olographe par le notaire. Et elle ajoute ensuite que la demande de Mme D. porte, non sur une restitution successorale, mais sur l'indemnisation d'un préjudice. Il y a donc bien un lien de causalité entre la faute commise par le notaire et le préjudice subi par la veuve du testateur. Au final, les intimés sont donc condamnés, *in solidum*, par la cour d'appel à verser à l'épouse survivante la somme de 169 716 euros.

Au plan purement formel, l'arrêt est assez irréfutable : les juges ont, en effet, procédé à un examen particulièrement minutieux des faits pour déduire l'existence de la triple condition imposée dans l'article 1240 du Code civil. Sur le fond, la décision véhicule un message important : le notaire n'a pas seulement des obligations en matière de testament authentique. Il doit être aussi particulièrement vigilant lorsqu'un client lui confie, à titre de conservation, son testament olographe...

Clara BERNARD-XEMARD,
Maître de conférences en Droit privé - HDR
Université de Versailles – Saint-Quentin (Paris-Saclay)
Laboratoire DANTE

Responsabilité civile et copropriété, commentaire par Sébastien Chaudat

CA Versailles, 4^{ème} ch. , 4 novembre 2020, R.G. n° 18/02105

Par arrêt rendu en date du 4 novembre 2020, la quatrième chambre de la Cour d'appel de Versailles met en œuvre le régime de responsabilité objective d'un syndicat de copropriétaires en application de l'article 14 de la loi n°65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, en sa version applicable avant la réforme du droit de la copropriété survenue par l'ordonnance n°2019-1101 du 30 octobre 2019.

Dans les faits, la rupture d'une canalisation souterraine provoque l'affaissement du sol et des fondations d'un immeuble, régis par le régime de la copropriété. Différents lots de l'immeuble détenus par un même copropriétaire, risquant de s'effondrer, une procédure de péril imminent est mise en œuvre. Le copropriétaire saisit le Tribunal de grande instance de Versailles en indemnisation de ses préjudices.

Pour prononcer l'irrecevabilité de ses demandes, le Tribunal de grande instance de Versailles, par jugement en date du 22 février 2018, retient que les parties de l'immeuble affectées par les désordres sont la propriété exclusive du copropriétaire.

Le copropriétaire interjette appel. Il demande la condamnation du syndicat des copropriétaires représenté par son administrateur provisoire à la réalisation des travaux confortatifs et de réfection, à la réparation des dommages et à la sauvegarde de l'immeuble, à l'imputation de ces frais aux charges communes générales, à sa condamnation solidaire avec son assureur à financer ces mêmes travaux, ainsi qu'à la réparation de ses différents préjudices.

Le syndicat des copropriétaires demande à la cour d'appel de confirmer le jugement de première instance, par le prononcé, à titre principal, de l'irrecevabilité des demandes du copropriétaire et au versement d'une somme, et, à titre subsidiaire, de le débouter de ses demandes.

L'assureur du syndicat considère que les dommages entrent dans le champ de l'exclusion de sa garantie, tant en l'absence de la nature accidentelle des désordres que par la couverture précisée par ses conditions générales.

La Cour d'appel de Versailles, par arrêt rendu en date du 4 novembre 2020, infirme le jugement du Tribunal de grande instance de Versailles. Le juge affirme la recevabilité de la requête du copropriétaire-victime des désordres, en raison du rattachement du bâtiment à la copropriété. Observant alors la responsabilité du syndicat des copropriétaires dans la survenance du dommage (I), la cour d'appel met en œuvre sa responsabilité (II) en admettant, partiellement, les demandes du copropriétaire-victime.

La détermination de la responsabilité du syndicat

Pour infirmer le jugement du Tribunal de grande instance de Versailles, la cour d'appel relève que le bâtiment touché par les désordres, dont la propriété des lots appartenait exclusivement au copropriétaire-

victime, n'est pas une circonstance permettant à elle seule d'exclure la responsabilité du syndicat, en l'absence de scission de la copropriété.

Ici, la cour d'appel retient l'applicabilité de l'article 14 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 qui pose le principe de la responsabilité objective du syndicat des copropriétaires pour les dommages résultant d'un vice de construction ou du défaut d'entretien des parties communes. Pour ce faire, la cour d'appel procède en plusieurs temps. D'abord, elle relève que le seul bâtiment affecté par les désordres, est séparé en trois lots dont le copropriétaire victime est seul propriétaire. Puis, la cour énonce les désordres, en vérifiant, par application du règlement de copropriété, que les parties affectées sont intégrées aux parties communes de l'immeuble. Les parties communes se définissent, en application de l'alinéa premier de l'article 3 de la loi du 10 juillet 1965, comme celles étant la propriété indivise de l'ensemble ou d'une partie des copropriétaires qui en détiennent l'usage ou l'utilité. Ce faisant, le règlement de copropriété se limite à reprendre, pour partie, les présomptions légales posées à l'article 3 de la loi du 10 juillet 1965, comprenant notamment le sol (dont la reconnaissance en tant que propriété indivise implique, à défaut de stipulation contraire, la qualification de parties communes par voie d'accession pour tous les éléments s'y trouvant, par exemple pour le gros-œuvre : Cass. civ. 3^{ème}, 13 déc. 2008, n° 17-23.008), le gros œuvre, les éléments constituant l'ossature du bâtiment (l'utilisation distincte « d'ossature » de « gros œuvre » interroge sur la consistance de ce dernier terme, généralement définit comme les éléments qui constituent l'ossature du bâtiment, et qui contribuent à sa stabilité ou à sa solidité), ses fondations, ainsi que les hourdis des planchers (CA Reims, 27 sept. 2004, JurisData n° 2004-266119 retenant que les planchers font partie du gros œuvre). La qualification de ces éléments en tant que parties communes ne présuppose cependant pas leurs attributions aux charges spéciales générales, certains éléments pouvant être affectés aux parties communes spéciales (CA Paris, Pôle 4, ch. 2, 10 octobre 2018, RG n° 15/20101), ce que la cour d'appel admet pour les fondations du bâtiment. Bien que ces éléments ne soient pas en débats, la cour prend soin de développer son syllogisme, afin de s'assurer de la clarté de la répartition des différentes parties de l'immeuble. À son terme, la 4^{ème} chambre relève l'absence de scission du bâtiment à la copropriété pour retenir la responsabilité du syndicat des copropriétaires conformément à l'article 14 de la loi du 10 juillet 1965. La cour d'appel s'attache à mettre en œuvre cette responsabilité en recherchant l'imputabilité des désordres à l'administration défaillante de l'immeuble par le syndicat.

L'article 14 de la loi du 10 juillet 1965 institue un régime de responsabilité objective (Cass. civ. 3^{ème}, 3 déc. 2020, n° 19-12.871, n° 19-13.125, Cass. civ. 3^{ème}, 14 déc. 2004, n° 03-12.191), que seules l'existence et la constatation des dommages sont suffisantes à mettre en œuvre (G. Vigneron, « Syndicat des copropriétaires. Responsabilité du fait de l'immeuble », *JurisClasseur Copropriété*, LexisNexis, Fasc. 80, 5 nov. 2012 (mise à jour : 14 nov. 2019), n°6). Il s'agit de déterminer l'origine du dommage permettant de constater son imputabilité au syndicat. Ici, la cour d'appel retient, sans distinguer, la responsabilité du syndicat au titre « *du vice de construction et/ou du défaut d'entretien des parties communes* ». Retenant cumulativement ou alternativement le fondement de la responsabilité du syndicat, la cour d'appel semble d'ores et déjà, sans en faire application, prendre en compte l'effacement de la qualification du dommage, dès lors que le syndicat de copropriétaires est en à « *l'origine* » (l'art. 14, al. 4 de la Loi n° 65-17 du 10 juill. 1965, modifiée par Ord. n° 2019-1101 du 30 oct. 2019, applicable à compter du 1^{er} juin 2020). La seule – et infime – critique pouvant être adressée à l'arrêt de la Cour d'appel est la reprise quasi-littérale de l'article 14 de la loi du 10 juillet 1965, sans déterminer explicitement la cause du dommage – semblant sous-entendue à travers le syllogisme de l'arrêt.

Comme mentionné, l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 fonde la responsabilité du syndicat pour les dommages « *ayant leur origine dans les parties communes* ». Pour certaines, cette modification terminologique ne serait qu'apparente et non substantielle (en ce sens, et pour un exposé détaillé des modifications des régimes de responsabilité du syndicat de copropriétaires, voir : M. Tota, « Les régimes spéciaux de responsabilité du syndicat de copropriétaires : apports et lacunes de l'ordonnance du 30 octobre 2019 », *LPA* 3 mars 2020, n°151a4, p. 11). En l'espèce, les faits mis en exergue par la cour d'appel laissent penser à la mise en œuvre de la responsabilité du syndicat en raison d'un vice de construction. Considérant les « *faiblesses* » de l'immeuble comme « *cause prépondérante* » du dommage, le défaut d'entretien ne semble pouvoir être retenu. La cour d'appel semble avaliser le jugement du Tribunal administratif de Versailles du 18 octobre 2019 qui a retenu l'absence de faute du

syndicat « liée à un défaut d'entretien de l'immeuble ». Le juge administratif avait en effet retenu que les désordres sont « dus à ses fragilités structurelles ». Au final, il semble tout de même étrange que la Cour ne se prononce pas directement sur la nature du désordre, alors qu'il s'agit du point saillant des arrêts relatifs à la mise en œuvre de la responsabilité de l'article 14 de la loi de 1965 (G. Gil « La responsabilité du syndicat pour vice de construction des parties communes », *Inf. rap. copr.* mai 2014, p. 15).

Au-delà de cette distinction indifférente pour la mise en œuvre de la responsabilité objective du syndicat, l'appréciation de la cour d'appel reste classique sur ce point (par exemple, pour la responsabilité pour vice de construction affectant les parties communes : Cass. civ. 3^{ème}, 24 oct. 1973, n° 72-13.210 ; pour un vice non apparent : CA Toulouse, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 8 nov. 2004, n° 03/05451, CA Paris, Pôle 4, ch. 2, 26 janv. 2011, n° 06/16694, *Loyers et copr.* 2011, comm. 130, CA Rennes, 4^e ch., 8 mars 2012, n° 10/04921, CA Paris, Pôle 4, ch. 2, 25 sept. 2013, n° 11/08539, *Loyers et copr.* 2014, comm. 35, obs. G. Vigneron ; pour un vice antérieur à la soumission de l'immeuble à la copropriété : Cass. civ. 3^{ème}, 18 sept. 2013, n° 12-17.440, Cass. civ. 3^{ème}, 17 déc. 2015, n° 14-16.372, *Loyers et copr.* 2016, comm. 79, obs. G. Vigneron, *JCP G* 2016, 446, n° 10, obs. H. Périnet-Marquet). En tant que « cause prépondérante », la faiblesse de l'immeuble ne se présente pas comme cause génératrice exclusive du dommage. La cour d'appel a ainsi pu, bien que celle-ci n'ait pas eu d'influence sur la responsabilité du syndicat, prendre en compte la rupture de canalisation pour laquelle la commune fut précédemment reconnue responsable. Il ressort de l'arrêt que tant la rupture de canalisation que les faiblesses de l'immeuble, aggravées en raison de la première, constituent les causes interdépendantes sans lesquelles le sinistre ne serait pas survenu. Par-là, la cour met en œuvre la responsabilité objective du syndicat, en indifférence de l'existence d'un coauteur des dommages, la commune, le syndicat jouissant d'une action récursoire à son encontre. La qualité de coauteurs écarte, de fait, la qualification de faute du tiers dont l'exclusivité est de nature à conduire à l'exonération de la responsabilité du syndicat (G. Vigneron, « Syndicat des copropriétaires. Responsabilité du fait de l'immeuble », *JurisClasseur Copropriété*, LexisNexis, Fasc. 80, 5 nov. 2012, n° 39). Là encore, la qualité de coauteurs invite à un partage de responsabilités auquel la cour ne procède pas. Un tel partage entre un syndicat et un tiers coauteur est toutefois possible dès lors que la « cause génératrice des dommages n'est pas intégralement imputable à l'immeuble et que les désordres ont été facilités ou aggravés par la faute d'un tiers. » (CA Paris, Pôle 4, ch. 1, 13 avri 2018, n° 16/14146), ce qui est le cas en l'espèce. Cette absence de partage pourrait se justifier en raison de la personnalité même du coauteur (sur la question de la répartition de la responsabilité de l'entretien de canalisations, Ass. Nat, question écrite avec réponse n° 3538, 30 sept. 2002, JORF 27 janv. 2003 et Cass. civ. 1^{ère}, 20 oct. 1981, n° 80-15.495), voire, plus rationnellement, de son absence de mise en cause.

Appréciant ainsi le dommage, et son imputabilité au syndicat, la cour d'appel met en œuvre la responsabilité.

La mise en œuvre de la responsabilité du syndicat

La responsabilité du syndicat étant engagée, la cour d'appel apprécie les différents chefs de préjudices invoqués par le copropriétaire victime, et admet la couverture de l'assurance du syndicat.

L'engagement de la responsabilité du syndicat implique tant l'exécution de travaux pour remédier à la situation matérielle générée par les désordres, que l'indemnisation des préjudices subis (Cass. civ. 3^{ème}, 22 sept. 2009, n° 08-18.193, *Administrer* janv. 2010, p. 66, CA Paris, 15 juin 2000, JurisData n° 2000-118226, CA Aix-en-Provence, 21 mai 2010, JurisData n° 2010-025100), conformément au principe de réparation intégrale. Ici, le syndicat est effectivement condamné, sous astreinte, à la réalisation des travaux du bâtiment affecté par les désordres. Concernant l'imputation des frais aux charges des copropriétaires, la cour affecte le traitement du sol aux charges communes générales, et, pour les réparations incombant au copropriétaire-victime, du reversement des indemnités afférentes aux charges communes spéciales.

Par ailleurs, la cour observe les différents chefs d'indemnisation, assez classiques en la matière, invoqués par le copropriétaire-victime. En effet, le syndicat des copropriétaires peut être indemnisé pour les dommages causés aux parties privatives (CA Paris, 23^{ème} ch., 6 oct. 1987, JurisData n° 1987-027838), à la perte de chance de louer (Cass. civ. 3^{ème}, 22 sept. 2009, n° 08-18.156, n° 08-18.167, n° 08-18.168),

à la privation définitive ou temporaire (CA Paris, 1^{ère} ch., 30 nov. 1994, JurisData n° 1994-024240) de jouissance des locaux, ainsi que de la perte des loyers (Cass. civ. 3^{ème}, 20 juin 2019, n° 18-12.714 inédit non publié, *Loyer et copr.* 2019, comm. 158, obs. C. Coutant-Lapalus, *Administrer* oct. 2019, n° 563, p. 61, obs. J.-R. Bouyeure). Sur ce point, la victime justifie de la seule perte de revenus locatifs pour son lot à usage commercial, perte que le syndicat se trouve tenu d'indemniser. Concernant le préjudice matériel invoqué par la victime, la cour d'appel retient qu'elle ne rapporte pas la preuve de l'imputabilité de la perte de jouissance de ses lots de copropriété du fait des désordres subis. Le copropriétaire se trouve également débouté pour partie de la perte de chance d'obtenir l'indemnisation totale des désordres, en raison de son inertie tant procédurale dans la procédure engagée à l'encontre de la commune qu'à l'égard du syndicat pour l'entretien ou la consolidation de l'immeuble, alors même que sa qualité de copropriétaire le rendait informé de la vétusté et des faiblesses du bâtiment.

L'étude du rejet de la réparation du préjudice moral semble intéressant à développer. Ici, la victime faisait valoir l'existence d'un préjudice moral consistant dans le fait d'avoir « *été seule à faire face aux difficultés induites par la situation* ». La cour d'appel rejette toutefois sa demande. La 4^{ème} chambre se fonde sur la seule absence de preuve du préjudice moral propre du copropriétaire, société civile immobilière, qui n'est pas distinct de celui subi par son gérant. Ainsi, la cour d'appel reconnaît qu'une SCI puisse subir un préjudice moral, qu'elle suppose ici « *établi dans son intégralité* ». La cour d'appel prend alors en considération l'ouverture par la Cour de cassation de la réparation du préjudice moral à l'égard des SCI (Cass. civ. 3^{ème}, 20 juin 2019, n° 18-12.714), celle-ci n'étant qu'une application du principe de réparation du préjudice moral subi par une personne morale (Cass. crim., 27 nov. 1996, n°96-80.318 et Cass. com., 15 mai 2012, n°11-10-278), permettant à tout copropriétaire, en indifférence de leur personnalité juridique, d'obtenir réparation (Cass. civ. 3^{ème}, 17 sept. 2013, n°12-17.746, *Loyers et copr.* 2013, comm. 349, obs. G. Vigneron). Bien que contestée par certains auteurs (M. Saluden, « Copropriété », *JurisClasseur Civil Code*, LexisNexis, Fasc. 40-1, 1^{er} avr. 2017, n° 76 à 98), la réparation du préjudice moral est souvent admise. Tel est le cas lorsque, en cas de désordres, les « *porteurs de parts* » de la SCI ont subi des désagréments (CA Toulouse, 1^{ère} ch., 1^{ère} sect., 20 janv. 2020, RG n°17/03696, arrêt n° 32), en cas de privation de l'exploitation de son lot (Cass. civ. 3^{ème}, 20 juin 2019, n° 18-12.714), de la privation des loyers (CA Reims, ch. civ. 1^{ère} sect., 14 mai 2019, RG n° 18/00606 et 18/00613, confondant toutefois en une somme unique la réparation du préjudice moral et financier de la SCI), mais encore, parmi d'autres, des retards injustifiés de l'inscription des questions de la SCI à l'ordre du jour des assemblées générales (CA Versailles, 4^{ème} ch., 15 sept. 2014, RG n° 12/04573). Tenant à la consistance de son préjudice moral, la victime rapporte qu'elle a été « *la seule* » à faire face aux difficultés suite au dommage, ce qui a induit pour son gérant l'annihilation de tous ses projets résultant d'un état dépressif et d'anxiété. Ne contestant pas la consistance du préjudice, la cour d'appel le distingue de celui subi par le copropriétaire, ne se confondant pas, avec son gérant. Plus encore, l'absence d'imputabilité du préjudice au syndicat conduit la cour à débouter le copropriétaire de sa demande.

Finalement, la cour d'appel s'attarde sur la mise en œuvre de la garantie souscrite par le syndicat de copropriétaires. D'abord, elle relève le caractère aléatoire du dommage afin d'impliquer l'exécution du contrat d'assurance. L'aléa est en effet une condition de qualification du contrat d'assurance, dont les effets dépendent, aux termes des articles 1108 et 1964 du Code civil, « *d'un évènement incertain* », aléa sans lequel la garantie ne peut être mise en œuvre (pour des exemples d'appréciation de l'existence d'un aléa dans le cadre de la mise en œuvre de la garantie d'un SDC : CA Paris, Pôle 4, ch. 2, 13 mars 2019, n° 15/22960 ; et pour l'absence d'aléa : CA Paris, Pôle 4, ch. 2, 21 nov. 2018, RG n° 16/15169). Ici, la cour d'appel reprend ses arguments quant à la détermination de la cause génératrice du dommage. Réitérant que les faiblesses de l'immeuble n'en constituent pas la « *cause génératrice exclusive* », l'aggravation de l'état du bâtiment trouve sa source dans un évènement incertain, à savoir la « *rupture de canalisation* » sans laquelle les désordres ne seraient pas survenus. Puis, la cour d'appel retient que la garantie des conditions générales de l'assurance est ici mobilisée. En effet, l'assureur est, par principe, tenue de l'indemnisation des conséquences financières de la responsabilité du syndicat dans la limite des risques couverts par la police d'assurance (CA Rennes, 4^{ème} ch., 11 juin 2020, RG n° 18/00687, CA Paris, Pôle 4, ch. 2, 29 janv. 2020, RG n° 16/06537, CA Versailles, 14^{ème} ch., 26 nov. 2020, RG n° 20/01088, CA Aix-en-Provence, 16 janv. 1988, JurisData n° 1988-041476). Par-là, la cour considère

que la garantie dégâts des eaux souscrite par le syndicat, comprenant « *les refoulements des égouts et canalisations souterraines* », est applicable en raison de la « *canalisation rompue* », peu important que le syndicat n'en détienne la propriété.

La solution est à accueillir, un raisonnement contraire aurait impliqué une restriction injustifiée du régime de l'assurance. L'assureur, en ne démontrant pas que le défaut d'entretien de l'immeuble constitue la cause génératrice exclusive des désordres, voit sa demande déboutée par la cour d'appel. La 4^{ème} chambre écarte également l'argument de la compagnie d'assurance en relevant que l'expertise réalisée par ses soins un an avant la survenance des désordres ne rendait pas nécessaire l'entretien et la réalisation des travaux confortatifs. Dès lors, la cour d'appel conclut en la mise en œuvre de la garantie par l'assurance de responsabilité. Cette admission couvre alors la condamnation du syndicat à la réparation des dommages subis par tout tiers lésé, dont le copropriétaire (Cass. civ. 2^{ème}, 20 mai 2020, n°18-17.992, *Resp. civ. et ass.* 2020, n°9, comm. 160). Au-delà du seul assureur, la cour d'appel condamne le syndicat des copropriétaires aux frais procéduraux, dont elle écarte, par application de l'article 10-1 de la loi de 1965 la participation aux frais du copropriétaire-victime.

Sébastien CHAUDAT,
Doctorant
Université de Versailles – Saint-Quentin (Paris-Saclay)
Laboratoire DANTE

Droit du numérique, commentaire par Mélanie Clément-Fontaine

CA Versailles, 1^{ère} ch. 1^{ère} section, 13 octobre 2020, R.G. n° 19/02573

Une phrase de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles, qui reprend les motifs de l'association des Juristes pour l'Enfance, résume à notre avis l'origine de ce litige : « *Elle affirme que la société OVH critique en réalité non le jugement, mais le dispositif légal lui-même* ».

Les faits de cette affaire étaient les suivants : l'association des Juristes pour l'Enfance constate que sur l'un des sites hébergés (le site espagnol *Subrogalia.com*) par la société OVH, il est proposé une prestation d'entremise entre des mères porteuses et des personnes désireuses d'accueillir un enfant, alors que la gestation pour autrui est prohibée en France (C. civ., art. 16-7 et 16-9 ; C. pén., art. 227-12 alinéa 3). Après des démarches restées infructueuses auprès de l'éditeur du site, l'association des Juristes pour l'Enfance, en février 2016, a mis en demeure la société OVH de prendre les mesures nécessaires pour rendre inaccessible le site sur le territoire français en application des obligations qui incombent aux hébergeurs en vertu de l'article 6-I-5 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique (Loi LCEN n° 2004-575, du 21 juin 2004, *JO* 22 juin 2004). La société OVH notifia son refus par courrier en juin 2016 au motif que le contenu n'était pas « *manifestement illicite* » et qu'il ne lui appartenait pas de se substituer aux autorités judiciaires afin de trancher le litige qui oppose l'association et l'éditeur du site. Ce faisant, elle s'engageait à exécuter spontanément toute décision de justice qui serait portée à sa connaissance.

L'association a fait assigner la société OVH devant le Tribunal de grande instance de Versailles en responsabilité pour ne pas avoir agi promptement lorsqu'il lui a été signalé un contenu illicite et pour qu'il lui soit fait injonction, sous astreinte, de rendre le site inaccessible sur le territoire français. Les juges de première instance firent droit à la demande (TGI de Versailles, 1^{ère} ch. 26 février 2019, n° 16/07633, *Dalloz IP/IT* 2020, p. 69, obs. B. Musseau). La société OVH a interjeté appel de la décision sur les mêmes motifs pour lesquels elle avait refusé de répondre positivement à la mise en demeure de l'association. La Cour d'appel de Versailles, sans surprise, a confirmé le jugement en toutes ces dispositions sur l'illicéité du contenu du site, la responsabilité de la société OVH et les conséquences de la faute de la société.

Outre l'intérêt de l'arrêt rendu par la cour d'appel sur le terrain du droit de la famille et en particulier de l'encadrement de la GPA (voir, A. Cheynet de Beaupré, « La GPA sur Internet manifestation illicite », *Revue Juridique Personnes et Famille*, n° 12, 1^{er} décembre 2020 et obs. B. Musseau *préc.*), cette affaire est l'occasion de rappeler les obligations qui incombent aux hébergeurs dans un contexte agité par des préoccupations qui peuvent sembler antagonistes.

D'un côté, les intermédiaires techniques, et en première ligne les hébergeurs, sont les « agents » idoines pour éliminer les contenus illicites diffusés en ligne, et de l'autre, le principe de neutralité est reconnu comme essentiel pour le respect des libertés individuelles. Deux niveaux de lecture de l'arrêt peuvent donc être retenus. Le premier niveau concerne la question de droit tranchée par les juges : un hébergeur engage-t-il sa responsabilité s'il ne prend pas les mesures nécessaires pour interrompre l'accès d'un site espagnol qui propose un service d'entremise entre une mère porteuse et des personnes désireuses d'accueillir un enfant ? Le second niveau vise l'appréciation du dispositif légal relatif aux rôles assignés aux hébergeurs dans la régulation des contenus en ligne.

Une question de droit : En quelques mots, le régime de responsabilité des hébergeurs consacré par la directive du 8 juin 2000 relative au commerce électronique (article 14 de la directive commerce électronique : Directive sur le commerce électronique Dir. 2000/31/CE, 8 juin 2000, *JOCE* 17 juin, n° 178, p.1) est dit allégé. L'hébergeur, défini comme le fournisseur « de service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service » n'est pas « responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicite et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance des faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente » ou « dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible ». Ainsi, l'hébergeur n'est pas tenu d'une obligation de contrôle *a priori*, en revanche, il a l'obligation d'agir dès lors qu'il prend connaissance ou a conscience d'un acte illicite. Les juges français avaient anticipé la solution consacrée par le législateur en retenant une obligation de vigilance, de prudence ou de diligence, selon l'expression adoptée (CA Versailles, 12^{ème} ch., 8 juin 2000 : *JCP éd. E.* 2000, n° 47, p. 1856, obs. N. Mallet-Poujol et M. Vivant ; *CCE* 2000, n° 7 *comm.* C. Galoux ; CA Versailles 12^{ème} ch., 7 sept. 2000 ; TGI de Nanterre, 31 janv. 2000, *CCE* 2000, n° 7 *actu.* n° 122 obs. S. Hass. Voir également précédemment : *Aff. E. Hallyday* : TGI Paris, réf., 8 juin 1998 : *JCP éd. E.* 1999, I, p.908, n° 21, obs. M. Vivant et Ch. Le Stang ; *Rev. Lamy dr. Aff.* 1998, n° 8, n° 513, obs. L. Coste ; CA Paris, 10 févr. 1999 *JCP éd. G* 1999, II, n° 10101, note F. Olivier et E. Barbry ; *JCP éd. E.* 1999, I, p. 908, n° 21 obs. M. Vivant et Ch. Le Stanc ; *D.* 1999, jur. p. 390, note N. Mallet-Poujol ; L. Coste, « Quelle responsabilité pour les fournisseurs d'hébergement internet ? » *Rev. Lamy dr. Aff.* 1999, n° 14, chr. n° 857 ; *Gaz. Pal.* 5-6 avril 2000, jur., p. 19, note Ch. Caron). La France a transposé ce régime en 2004 par l'adoption de la loi pour la confiance dans l'économie numérique (Loi n° 2004-575, du 21 juin 2004, LCEN, *préc.*) qui consacre une « responsabilité raisonnable » à la charge des hébergeurs qui ne peuvent pas voir leur responsabilité civile ou pénale engagée « du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible » (Loi du 21 juin 2004, art. 6, I, 2 et 3).

La difficulté de l'application de ce régime réside dans l'appréciation du caractère illicite des faits ou contenus. Elle fut soulevée devant le Conseil constitutionnel (Déc. n° 2004-496 DC, 10 juin, 2004, *JO* 22 juin, p. 11182) qui, dans l'exercice de son appréciation *a priori* avait considéré que « ces dispositions ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge ». En l'espèce, selon la société OVH à défaut de preuve du caractère « manifestation illicite » fournie dans la notification faite par l'association, elle ne pouvait agir que sur décision de justice. Cet argument est écarté par les juges qui en premier lieu, constatent que le contenu litigieux contrevient à l'article 16-7 du Code civil, d'ordre public qui dispose que « toute convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle » et qu'il est constitutif

du délit prévu à l'article 227-12 du Code pénal. Ensuite, la cour retient qu'il a été établi que le site visait une « clientèle » française et que par conséquent, conformément à l'article 4 du « règlement Rome II n° 864/2007 », la loi française s'applique, peu important le lieu du siège social de la société Subrogalia. Enfin il est rappelé dans la solution que l'illicéité n'est pas limitée aux contenus dits « sensibles » ou « odieux » énoncés à l'article 6-1-7 de la loi LCEN (apologie des crimes contre l'humanité, incitation à la haine raciale, pornographie infantine, incitation à la violence et aux atteintes à la dignité humaine). En définitive, la décision de la cour d'appel ne surprend pas tant l'illicéité du contenu de site était manifeste.

Pour engager la responsabilité de l'hébergeur, l'association devait attester qu'elle avait porté à la connaissance de ce dernier les éléments de preuve au soutien de sa demande ce qu'elle fit en fournissant des contacts d'huissier. En revanche, contrairement à ce qu'allègue la société OVH, elle n'était pas tenue de faire assigner l'éditeur du site, ni d'épuiser les recours à son encontre. En effet, la responsabilité de l'hébergeur repose sur des faits distincts de ceux qui peuvent être reprochés à l'éditeur. L'objet de ce régime est de permettre de faire cesser la diffusion de contenus illicites et de rendre inopérants des agissements illicites alors qu'il est parfois difficile d'agir directement à l'encontre de leur auteur. Si selon les principes de la responsabilité, on le sait, l'auteur du fait incriminé doit être poursuivi, la mise en œuvre de ce principe dans l'univers numérique rencontre des obstacles : il n'est pas toujours possible de poursuivre ce dernier parce qu'il est mineur, insolvable, anonyme ou encore se situe à l'étranger. Pour obtenir réparation des atteintes commises sur Internet, il est souvent plus efficace d'engager la responsabilité des intermédiaires techniques en particulier l'hébergeur qui dispose des moyens techniques de bloquer l'accès un site (voir, C. Castets-Renard, « Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'internet », *D.* 2012, p. 827). C'est également la raison pour laquelle, l'hébergeur (en l'occurrence la société OVH) ne peut pas opposer ses clauses d'irresponsabilité prévues dans le contrat qui le lie aux clients qu'il héberge. Au vu de ce qui précède, la cour d'appel a pu retenir que la société OVH a commis une faute en ne retirant promptement pas un contenu manifestement illicite, alors qu'elle en avait connaissance.

Une question de législation : si l'affaire ne soulève pas de question de droit inédite, elle illustre la difficulté d'établir des modalités de régulation des contenus illicites en ligne. Depuis la loi LCEN, de nombreuses autres dispositions ont fait peser sur les intermédiaires techniques, et en particulier les hébergeurs, l'obligation de participer à cette régulation. Par exemple la loi du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014-2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale (loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013, *JO* 19 décembre 2013, p. 20570), impose désormais aux opérateurs d'importance vitale d'informer, sans délai, le Premier ministre de la survenance d'incidents affectant le fonctionnement ou la sécurité de leur système informatique (C. défense, art. L. 1332-6-2). S'agissant de la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, la loi du 12 mai 2010 (Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, *JO* n° 0110 du 13 mai 2010, p. 8881) impose aux FAI et aux hébergeurs de collaborer à la poursuite des sites illicites opérant sans l'autorisation délivrée par l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL). Enfin, plus récemment, la proposition de loi visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet adoptée le 13 mai 2020 par l'Assemblée nationale (Loi Avia : loi n° 2020-766 du 24 juin 2020, *JO* n° 0156 du 25 juin 2020) prévoyait initialement de réduire à une heure le délai dont disposent les éditeurs et les hébergeurs pour retirer les contenus signalés par l'administration visée (paragraphe I de l'article 1^{er} de la loi Avia). Le Conseil constitutionnel (Déc. n°2020-801 CC du 18 juin 2020, *JO* n° 0156 du 25 juin) a cependant censuré le texte considérant que l'atteinte faite à la liberté d'expression et de communication n'est pas adaptée, nécessaire et proportionnée au but poursuivi. Il relève, en effet, que « la détermination du caractère illicite des contenus en cause ne repose pas sur leur caractère manifeste », qu'elle « est soumise à la seule appréciation de l'administration », et que « l'engagement d'un recours contre la demande de retrait n'est pas suspensif et le délai d'une heure laissé à l'éditeur ou l'hébergeur pour retirer ou rendre inaccessible le contenu visé ne lui permet pas d'obtenir une décision du juge avant d'être contraint de le retirer ». Cette décision n'est pas sans rappeler celle qu'il avait pris à propos des lois Hadopi (loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, *JO* n° 0135 du 13 juin 2009, p. 9666). On se souvient qu'à cette occasion, le Conseil constitutionnel (déc. n° 2009-580, DC du 10 juin 2009) avait affirmé que la pouvoir de sanction à restreindre ou à empêcher

l'accès à internet de titulaires d'abonnement ainsi que des personnes qu'ils en font bénéficier doit être confié au juge judiciaire. Elle avait été accueillie avec soulagement par ceux et celles qui dénonçaient un glissement dangereux vers des solutions techniques au mépris de l'importance démocratique que représente le réseau Internet.

Dans cette veine contestataire, les motifs d'appel de la société OVH sont teintés d'un sentiment rétif à au dispositif légal qui repose de plus en plus sur les FAI et les hébergeurs de sorte que l'on pourrait dire que la législation privilégie une réponse technique (le filtrage et la coupure d'accès), sur la réponse juridique (voir, C. Castets-renard, « Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'internet », *D.* 2012, p. 827). Plusieurs indices permettent une telle lecture : la société OVH s'est obstinée à ne vouloir agir que sur décision judiciaire ; elle rappelle que la caractéristique de ses activités d'hébergeur est de rester neutre quant au contenu ; enfin elle soutient que l'injonction prononcée par le tribunal de « rendre le site litigieux inaccessible sur le territoire français » est matériellement inadaptée dans la mesure où elle aurait pour effet de rendre inaccessible le site dans le monde entier quand bien même son contenu n'est pas répréhensible dans de nombreux Etats et en particulier en Espagne. Cette position n'est pas neuve, elle a été défendue dès les premières prémices d'un régime de responsabilité des intermédiaires techniques. Depuis, les intermédiaires techniques recourent aux libertés fondamentales afin de faire échec aux obligations qui leur sont imposées. Les instances européennes ont été sensibles à l'argument selon lequel la participation au filtrage du contenu et à la coupure de l'accès à certains sites imposée aux intermédiaires techniques peut être contraire aux droits et principes fondamentaux telles la liberté d'expression ou la liberté d'entreprise. Par exemple, la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH [deuxième section], Ahmet Yildirim c. Turquie, requête n° 3111/10 du 18 décembre 2012) a sanctionné les mesures de blocage de l'accès aux sites Internet faute de « garantie pour éviter qu'une mesure de blocage visant un site précis ne soit utilisée comme moyen de blocage général ». Mais, il faut bien le dire, la tendance va en sens contraire. L'un des plus illustres exemple est, à notre avis, la décision de la Cour de Justice de l'Union européenne dans l'affaire *Google Spain* (CJUE, gde ch., 13 mai 2014, aff. C-131/12, Google Spain SL, Google Inc. c/ Agencia Española de Protección de Datos e.a.). L'une des questions préjudicielles adressées à la Cour consistait à demander si une personne concernée peut « exiger de l'exploitant d'un moteur de recherche de supprimer de la liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom de cette personne, des liens vers des pages web, publiées légalement par des tiers et contenant des informations véridiques relatives à cette dernière, au motif que ces informations sont susceptibles de lui porter préjudice ou qu'elle désire que celles-ci soient 'oubliées' après un certain temps ». Après avoir retenu la qualification d'hébergeur, la Cour a répondu par l'affirmative considérant que l'ingérence faite aux libertés d'expression et d'entreprendre n'était pas disproportionnée. Cette décision accentue ainsi l'évolution vers un renforcement de la fonction parajudiciaire des intermédiaires techniques confiée, voire abandonnée, par les pouvoirs publics. Pour y parvenir, Google a mis en place une procédure qui confie à ses équipes le soin d'apprécier la légitimité de la demande (C. Caron, « Certains résultats peuvent avoir été supprimés... », *CCE* 2014, n° 9, repère 8). Il en résulte une cimentation des Géants d'Internet (notre article : « De la contrainte à la coopération : l'évolution du régime de la responsabilité des intermédiaires techniques », *Les géants d'Internet*, M. Béhar-Touchais (dir.), IRIJS éd., 2015) et pourrait générer des inquiétudes quant aux effets sur la démocratie : la suspension du compte Twitter de président Trump pour non-respect des conditions d'utilisation fut qualifiée par Thierry Breton, commissaire européen, de « 11 Septembre de l'espace informationnel » ! (P. Sirinelli et S. Prévost « Démocratie versus tweetocratie » *Dalloz IP/IT* 2021, 1). Quoi qu'il en soit, ce débat ne peut pas avoir lieu dans les prétoires ? Si le recours en appel de la société OVH était juridiquement vain, il nous donne l'occasion de s'interroger sur le rôle que l'on souhaite confier aux hébergeurs.

Mélanie CLEMENT-FONTAINE
Professeur de Droit privé
Université de Versailles – Saint-Quentin (Paris-Saclay)
Laboratoire DANTE

Propriété littéraire et artistique, commentaire par Anaïs Szkopinski CA Versailles, 1^{ère} ch. 1^{ère} section, 21 avril 2020, R.G. n° 16/00766

Quatre notes... et un contentieux qui dure depuis 12 ans.

Jeff Leo, un auteur-compositeur de nationalité suisse, argue de la contrefaçon de sa composition musicale « For Ever », déclarée le 17 mars 1994, par deux chansons créées par Jean-Jacques Goldman, « Aïcha I » et « Aïcha 2 » dont la première a été déposée à la SACEM le 11 janvier 1995 et la seconde le 30 janvier 1997.

Le 3 mars 2008, Jeff Leo a assigné Jean-Jacques Goldman en sa qualité d'auteur-compositeur, sa société d'édition, la société JRG Editions musicales, la société EMI Virgin Music Publishing, coéditeur, puis Eric Benzi, auteur des arrangements, et Khaled Hadj Brahim, dit Cheb Khaled, interprète et coauteur des paroles de la chanson « Aïcha 2 ».

Par jugement du 18 novembre 2011, le tribunal de grande instance de Paris a, notamment, qualifié de contrefaçon les seize mesures des deux couplets des œuvres « Aïcha I » et « Aïcha 2 ».

Par un arrêt du 20 septembre 2013, la Cour d'appel de Paris a débouté Jeff Leo de toutes ses demandes. Les juges affirment que, d'une part, l'enchaînement litigieux d'accords identiques sur quatre notes n'est pas susceptible d'appropriation car couramment utilisé dans les compositions musicales actuelles et, d'autre part, globalement, les œuvres apparaissent distinctes, traduisant un parti pris esthétique différent. Les juges refusent la protection par le droit d'auteur à la composition musicale « For Ever », essentiellement constituée de ces accords.

La Cour de cassation casse cet arrêt. Au visa de l'article L. 112-1 du code de la propriété intellectuelle, elle affirme que les motifs de la décision sont impropres à exclure l'originalité de l'œuvre revendiquée. Elle rappelle que l'originalité d'une composition musicale doit être « *appréciée dans son ensemble, au regard des différents éléments, fussent-ils connus, qui la composent, pris en leur combinaison* ».

L'affaire est renvoyée devant la cour d'appel de Versailles, dont la décision commentée a été rendue le 21 avril 2020. Après avoir mentionné que, la composition musicale « For Ever » bénéficie d'une protection au titre du droit d'auteur, son originalité dans son ensemble n'étant pas contestée par les appelants, la cour se prononce en trois temps. D'abord, elle examine l'originalité des éléments de l'œuvre « For Ever », prétendument contrefaits, puis elle se prononce sur les similitudes avec les chansons « Aïcha », enfin elle statue sur la rencontre fortuite dont arguent les appelants.

L'argument de la rencontre fortuite a convaincu la cour, écartant alors la contrefaçon. Les motifs de la décision sont d'autant plus intéressants que la rencontre fortuite est souvent mal saisie par la doctrine.

La rencontre fortuite, argument prétorien excluant la contrefaçon

Après avoir qualifié d'originale la combinaison de quatre notes banales et sa répétition dans la quasi-totalité de l'œuvre de Jeff Leo, les juges ont eu à déterminer si les chansons « Aïcha I » et « Aïcha 2 » reprennent cette combinaison répétée de notes, caractérisant un acte de contrefaçon par reproduction. Si les similitudes entre les compositions caractérisent, en principe, un acte de reproduction, celui-ci est exclu dès lors qu'elles procèdent d'une rencontre fortuite.

Les similitudes caractérisant, en principe, un acte de reproduction

L'originalité de l'œuvre « For Ever » tenant à la combinaison d'éléments connus et à sa répétition, les juges ont dû déterminer si les chansons « Aïcha I » et « Aïcha 2 » comportent une répétition de cette combinaison.

La reprise des constatations des trois experts sur la mélodie, le rythme et l'harmonie révèle les difficultés d'appréciation des similitudes. Si les quatre notes existent dans les deux chansons, il apparaît difficile

d'identifier la présence de la combinaison et de la répétition de ces notes dans les deux chansons. Cependant, la cour considère que les mesures litigieuses des chansons « Aïcha I » et « Aïcha 2 » montrent de « *très fortes similitudes* » avec la mélodie de « For Ever ». Elle en conclut que « *cette reprise des éléments caractérisant l'originalité de "For Ever" serait susceptible de constituer des actes de contrefaçon* ».

Les appelants arguant d'une rencontre fortuite, il leur revient de démontrer que l'auteur-compositeur des deux chansons « Aïcha » n'a pas eu accès à l'œuvre préexistante, excluant sa *reproduction*.

La rencontre fortuite, exclusive d'un acte de reproduction

Les similitudes entre deux compositions musicales ne peuvent caractériser un acte de contrefaçon par reproduction si l'auteur de la deuxième démontre l'existence d'une rencontre fortuite, donc relevant du hasard. En effet, l'accès à l'œuvre préexistante est la condition *sine qua non* à l'existence d'un acte de reproduction.

La décision commentée applique les règles relatives à la charge de la preuve, rappelées par la Cour de cassation (Cass. civ. 1^{ère}, 2 oct. 2013, n° 12-25.941 : *Bull. civ. I* 2013, n° 197 ; *RTD com.* 2013, p. 723, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Comm. com. électr.* 2013, comm. 111, note Ch. Caron ; *Légipresse* 2014, n° 312, p. 32, note V. Varet - Dans le même sens : CA Paris, pôle 5, ch. 2, 19 juin 2020, n° 19/04123). Il appartient au défendeur à l'action en contrefaçon, arguant d'une rencontre fortuite, de démontrer qu'il n'a pu accéder à l'œuvre préexistante. Il doit alors démontrer un fait négatif. Cette *probatio diabolica* est atténuée par les juges, qui acceptent que la rencontre fortuite soit établie par des indices suffisants pour présumer l'absence d'accès à l'œuvre préexistante. La présomption est plus facile à établir lorsqu'elle n'a pas été divulguée ou de manière très limitée (*a contrario*, lorsque l'œuvre préexistante a donné lieu à des représentations publiques et a été soumise aux milieux professionnels, notamment à la société distributrice de l'enregistrement de l'interprétation de l'œuvre prétendue contrefaisante, la rencontre fortuite est écartée : Cass. civ. 1^{ère}, 3 nov. 2016, n° 15-24.407 : *Prop. intell.* 2017, n° 63, p. 57, note J.-M. Bruguière ; *RTD com.* 2017, p. 91, obs. Pollaud-Dulian ; *Comm. com. électr.* 2017, chron. 6, n° 25, obs. X. Daverat – Dans le même sens : CA Paris, pôle 5, ch. 2, 20 janv. 2012, n° 11/01924).

En l'espèce, Jean-Jacques Goldman et les sociétés d'éditions exposent que l'œuvre « For Ever » n'était pas exploitée avant la création d'Aïcha, aucune déclaration d'exécution publique ni paiement de redevance n'étant versés aux débats. Certes, Jeff Leo produit des attestations de diffusion de son œuvre par un animateur bénévole à la « Radio Rhône » entre 1993 et 1994 et, en Suisse, par le gérant d'un bar à Sion et le gérant de discothèques entre 1993 et 1998. Toutefois, « Radio Rhône » a une zone de diffusion très restreinte et, si Jean-Jacques Goldman était en tournée les 11 et 12 juin 1994 à Lausanne, les juges considèrent peu vraisemblable qu'il ait, pendant cette courte durée, effectué plusieurs dizaines de kilomètres pour se rendre à Sion ou dans les discothèques concernées. Aucun témoin n'atteste de la présence de l'artiste dans ces établissements ni, s'il y était, de la diffusion de l'œuvre de Jeff Leo au même moment.

Les juges estiment que Jean-Jacques Goldman « *justifie n'avoir pu raisonnablement connaître [cette] œuvre* » et d'en conclure que les similitudes résultent d'une rencontre fortuite, excluant l'existence d'une contrefaçon.

Cette décision s'insère parfaitement dans la jurisprudence relative à la rencontre fortuite, tout en rappelant clairement son domaine.

La rencontre fortuite, argument prétorien insaisissable pour la doctrine

Tandis que, devant les prétoires, la rencontre fortuite sert à exclure l'existence d'un acte de reproduction (ne citant que les arrêts de la Cour de cassation : Cass. civ. 1^{ère}, 12 déc. 2000, n° 98-15.228, *Boyer c/ Béart* : *RIDA* 2/2001, p. 347 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 mai 2006, n° 05-11.780, *Gipsy Kings* : *Bull. civ. I*, n° 246 ; *D.* 2006, p. 2999, obs. P. Sirinelli ; *RTD com.* 2006, p. 596, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Comm. com. électr.* 2006, comm. 104, note Ch. Caron ; Cass. civ. 1^{ère}, 2 oct. 2013, n° 12-25.941 : *op. cit.* ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 nov. 2016, n° 15-24.407 : *op. cit.*), une large part de la doctrine y voit une exception au caractère inopérant de la bonne foi en cas d'action civile en contrefaçon. Cette confusion est regrettable car, reliée de manière logique à l'élément matériel de la contrefaçon, la rencontre fortuite ne bouleverse pas le régime juridique du droit d'auteur.

La méconnaissance doctrinale du domaine de la rencontre fortuite

Sur le fondement civil, la contrefaçon n'est caractérisée que par des éléments matériels, notamment la reproduction d'une œuvre préexistante. Par conséquent, la bonne foi de l'auteur de la reproduction est inopérante. Ce principe est rappelé par la décision commentée. L'argument de la rencontre fortuite ou de la réminiscence peut, non pas exonérer de responsabilité l'auteur de la reproduction, mais exclure l'existence même d'une reproduction (CA Lyon, 1^{re} ch. civ. B, 10 janv. 2017, n° 14/00568). En prouvant la rencontre fortuite, le défendeur à l'action en contrefaçon ne prouve pas sa bonne foi, mais l'absence de reproduction de l'œuvre préexistante à défaut d'y avoir eu accès. La rencontre fortuite ne constitue donc pas une exception à l'absence d'élément moral de la contrefaçon fondée sur les dispositions civiles, mais exclut son élément matériel. Ce raisonnement est parfaitement mené par la Cour d'appel de Versailles.

La rencontre fortuite est un argument prétorien qui ne bénéficie pas d'une assise légale express. Néanmoins, si la contrefaçon est constituée par la reproduction d'éléments originaux d'une œuvre préexistante, il apparaît logique qu'en l'absence d'accès à celle-ci, les similitudes constatées entre deux compositions ne puissent résulter d'une reproduction. Cet argument est justifié par la notion même de reproduction.

Cependant, l'absence de fondement légal nourrit bien des confusions doctrinales. D'éminents auteurs étudient la rencontre fortuite à l'aune de l'élément moral de la contrefaçon, dès lors exception au principe d'indifférence de la bonne foi du contrefacteur en droit civil (Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 2017, 5^e éd., n° 534, p. 516 ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2019, 11^e éd., n° 761, p. 831 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, coll. Précis, 2019, 4^e éd., n° 1078, p. 1046. - Pour une étude de la rencontre fortuite avec l'acte de reproduction : A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 2017, 5^e éd., n° 334, p. 338. Dans le même sens, commentant la présente décision : *Comm. com. électr.* 2020, n° 7-8, comm. 55, P. Kamina). La rencontre fortuite n'illustre pourtant pas la bonne foi dans l'acte de reproduction, mais l'absence d'acte de reproduction. L'auteur de l'œuvre seconde n'est pas « *contrefacteur malgré lui* », commettant une « *contrefaçon par hasard* » (Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 2017, 5^e éd., n° 534, p. 516 ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 2019, 11^e éd., n° 761, p. 831). La rencontre fortuite procède d'une « *double création indépendante* » (H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, n° 117). Ce terme, emprunté à la doctrine allemande (M. Buydens, « *Droit d'auteur et hasard : réflexions sur le cas de la double création indépendante* », *Auteur et Média* 2004/5-6, p. 477), met en exergue le fait que l'auteur de l'œuvre seconde ignore l'existence de l'œuvre préexistante. Il reflète précisément le processus créatif, contrairement aux termes français qui laissent supposer l'existence d'une rencontre due au hasard. Les termes « *ressemblance fortuite* » pourraient alors utilement y être substitués (E. Martin-Hocquenghem et J.-C. Zylberstein, « *Action en contrefaçon. Propos critiques sur l'exception de rencontre fortuite* », *Comm. com. électr.* 2006, n° 4, ét. 9). En raison de cette confusion sur le domaine de la rencontre fortuite, la doctrine peine à justifier cet argument à l'aune du régime juridique du droit d'auteur. Pourtant, attachée à l'élément matériel de la contrefaçon, la rencontre fortuite apparaît cohérente.

La cohérence de la rencontre fortuite avec le régime juridique du droit d'auteur

La rencontre fortuite traduit l'absence d'accès à l'œuvre préexistante par l'auteur de l'œuvre seconde. Elle ne remet pas en cause les conditions de qualification de la contrefaçon, notamment le principe selon lequel la bonne foi est inopérante en droit civil de la contrefaçon. La rencontre fortuite ne porte pas, non plus, atteinte aux conditions de protection des œuvres de l'esprit. D'une part, elle n'exclut pas la condition d'originalité. La rencontre fortuite doit être distinguée de la réminiscence. La première révèle une création indépendante, sans connaissance de l'œuvre préexistante. L'originalité peut donc être caractérisée tant pour l'œuvre préexistante que pour l'œuvre seconde (H. Desbois, *op. cit.*, n° 51 ; A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *op. cit.*, n° 48, p. 67). La seconde peut être définie comme un emprunt inconscient à des souvenirs. La réminiscence s'observe dans l'emprunt au fonds commun de la création, puise dans une source d'inspiration commune. Celle-ci exclut, également, la reproduction d'une œuvre préexistante, mais, aussi, l'originalité de l'élément emprunté. D'autre part, la rencontre

fortuite ne porte pas atteinte au principe de l'existence d'un droit de propriété incorporelle dès la création de l'œuvre, indépendamment de toute divulgation (combinaison des articles L. 111-1 et L. 111-2 du CPI). En effet, il convient de distinguer l'existence des droits sur une œuvre de leur mise en œuvre. Sur le fondement du droit d'auteur, l'auteur d'une œuvre dispose d'un droit exclusif de reproduction de celle-ci, opposable nonobstant l'absence de divulgation. Cependant, la reproduction suppose l'accès à l'œuvre, qu'elle ait été divulguée ou non – l'accès peut avoir été frauduleux. Dès lors, la rencontre fortuite n'exclut pas l'existence de droits indépendamment de la divulgation, mais l'absence de divulgation constitue un indice important de la rencontre fortuite, limitant la mise en œuvre des droits.

Cet arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles illustre parfaitement ce que la doctrine a parfois quelques difficultés à accepter, en faisant un cas d'école : deux créateurs peuvent avoir la même idée, mise en forme de manière similaire. Ceci est d'autant plus plausible dans le domaine de la musique où le nombre de notes limite mathématiquement la diversité des compositions.

Anaïs SZKOPINSKI,
Maître de conférences en Droit privé
Université de Versailles – Saint-Quentin (Paris-Saclay)
Laboratoire DANTE

Droit du travail et preuve, commentaire par Pauline Prépin

CA Versailles, 11^{ème} ch., 8 octobre 2020, R.G. n° 18/04300

En cas de contentieux entre employeur et salarié, chacun sait qu'il existe un déséquilibre. Bon nombre de preuves au soutien de la défense du salarié étant détenues par l'entreprise, il s'ajoute comme difficulté supplémentaire pour le salarié le fait que leur utilisation peut se heurter au droit de la propriété de l'entreprise, au droit des données personnelles, voire même engager la responsabilité pénale du salarié pour vol. Toutefois, au nom du droit de la preuve (V. notamment, F. FAVENNEC-HERY, *La preuve en droit du travail*, thèse, Université Paris Nanterre, 1983 ; X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris, LGDJ, 1994 ; M.-P. COUPILLAUD, *La preuve en droit du travail*, ANRT, 2005 ; A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, Paris, LGDJ, coll.« Bibliothèque de droit privé », 2010 ; N. HOFFSCHIR, *La charge de la preuve en droit civil*, Paris, Dalloz, coll.« Nouvelle bibliothèque de thèses », 2016), le salarié peut parfois soustraire à l'entreprise des documents utiles à sa défense.

L'affaire. Dans cette affaire, un salarié conteste son licenciement pour faute grave (le salarié demande également le rappel d'heures supplémentaires que nous ne traiterons pas dans le cadre de ce commentaire). Il lui était reproché d'avoir transféré de sa boîte mail professionnelle à sa boîte mail personnelle 208 mails qui contenaient « *des fichiers entiers de clients de la sociétés* ». Cette copie de la base de données des clients de l'entreprise a été considérée par l'employeur comme un manquement aux obligations contractuelles de loyauté et de confidentialité du salarié.

Le conseil de prud'hommes de Nanterre, au sein de son jugement du 10 septembre 2018, a reconnu le bien fondé du licenciement pour faute grave du salarié. Ce dernier a alors interjeté appel. Pour sa défense, le salarié arguait que cet envoi se justifiait par la préparation de sa défense dans un contexte où les parties étaient en pourparlers pour envisager la rupture conventionnelle de son contrat de travail. Un argument qu'il avait évoqué lors de l'entretien préalable (La lettre de notification du licenciement indiquait : « *Cette explication n'a aucun sens puisque vous avez commis ces faits lorsque nous discussions d'une rupture amiable. Ce n'est qu'après avoir découvert ces agissements que nous vous avons convoqué à un éventuel licenciement.* »).

La question était donc de savoir si le droit de la défense du salarié justifiait le transfert de tels fichiers pour constituer une preuve du travail accompli dans le cadre de ses fonctions. La Cour d'appel de Versailles a donné raison au salarié et a considéré que le licenciement pour faute était sans cause réelle et sérieuse. Elle a contrôlé en ce sens la mise en œuvre du droit de la défense du salarié (I) et a jugé que le transfert de ces fichiers était légitime en application de celui-ci (II).

La mise en œuvre du droit à la défense du salarié

Droit de la défense. Pour assurer sa défense dans le procès qui l'oppose à l'employeur, le salarié peut produire en justice les documents de l'entreprise dont il a eu connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions (Cass. soc., 2 décembre 1998, n° 96-44.258, RJS 1999. 26, n° 17 ; D. 1999. 431, note Gaba ; *ibid.* 2000. Somm. 87, obs. Frossard ; JCP 1999. II. 10166, note Bouretz). La Cour de cassation (Cass. crim., 11 mai 2004, n° 03-85.521, Dr. soc. 2004. 938, note Duquesne ; *ibid.* 1042, obs. Mouly ; RJS 2004. 608, n° 887) ajoute qu'une telle production doit être strictement nécessaire à l'exercice de ses droits de la défense. Dans ce cas, le salarié peut les produire sans l'autorisation de son employeur et échappe à une éventuelle condamnation pour vol (Cass. crim., 11 mai 2004, n° 03-85.521, Dr. soc. 2004. 938, note Duquesne ; *ibid.* 1042, obs. Mouly ; RJS 2004. 608, n° 887). Mais la mise en œuvre de ce fait justificatif fut encadré et précisé en 2015 (Cass. crim., 11 mai 2004, n° 03-85.521, Dr. soc. 2004. 938, note Duquesne ; *ibid.* 1042, obs. Mouly ; RJS 2004. 608, n° 887) par la chambre sociale en intimant au juge du fond de vérifier le caractère nécessaire du document. Il revient désormais au juge de contrôler l'origine et l'objet du document.

La prise en compte du contexte d'une période de pourparlers de rupture du contrat de travail

Objet du document. Les droits de la défense du salarié s'exercent dans le cadre d'un litige qui l'oppose à son employeur. Autrement dit, en dehors de tout litige prud'homal, un tel exercice n'est plus possible et le salarié ne pourra se prémunir des droits de la défense pour avoir dérobé des documents de l'entreprise. A l'exception de ce contexte, la production de documents de l'entreprise peut donner lieu à des condamnations pour vol ou abus de confiance (C. TETARD-BLANQUART, « La responsabilisation du salarié face à la preuve dans le procès prud'homal », *JCP S*, n° 42, octobre 2013, p. 1404). A ainsi été condamné pour vol un salarié qui avait photocopié des documents de l'entreprise, non pour assurer sa défense dans un litige prud'homal, mais pour les produire, afin de prouver la véracité de ses dires lors de son audition par les gendarmes (Cass. crim., 9 juin 2009, n° 08-86.843, D. 2010. 306, note Gaba ; RJS 2010. 18, n°9) à la suite d'une plainte déposée contre lui pour diffamation par l'employeur.

La prise en compte du contexte des pourparlers. Qu'en est-il dans un contexte de pourparlers ? Dans l'affaire en présence, il convient de rappeler que l'employeur et le salarié étaient en pourparlers pour « envisager une rupture conventionnelle du contrat de travail ». A cet effet, les juges prennent le soin de souligner « la volonté de l'employeur de mettre fin au contrat de travail ». Un tel contexte est bien pris en compte dans la jurisprudence. La chambre criminelle (Cass. crim., 16 juin 2011, n°10-85.079, D. actu. 6 juill. 2011, obs. Ines ; D. 2011. Actu. 1768 ; RDT 2011. 507, obs. Gallois ; Dr. soc. 2011. 1039, note Duquesne ; RJS 2011. 609, n° 658 ; JCP S 2011. 1450, obs. Detraz) a par exemple écarté l'incrimination de vol à l'encontre d'un salarié qui, « avisé du projet de son employeur de rompre son contrat de travail, a appréhendé des documents dont il avait eu connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions et dont la production était strictement nécessaire à l'exercice de sa défense dans la procédure prud'homale qu'il a engagée peu après. ». L'originalité dans l'affaire qui nous occupe est que la procédure prud'homale s'est engagée finalement, non pas à la suite des pourparlers mais du fait du transfert de ces fichiers clients.

Pour l'employeur, le transfert des dits fichiers de l'entreprise de sa boîte mail professionnelle vers sa boîte mail personnelle constituait une faute grave (Cass. soc., 27 septembre 2007, n° 06-43.867, D. 2007. AJ 2538 ; RDT 2007. 650, obs. Auzero ; RJS 2007. 1014, n° 1261 ; JSL 2007, n° 221-5). Un raisonnement qui avait été suivi par le conseil de prud'hommes de Nanterre en première instance. Il convenait donc de démontrer pour le salarié (Cass. soc., 5 mars 1981, Bull. civ. V, n° 187 ; Cass. soc., 12 mai 1993, n° 89-43.953) que le transfert relevait de l'exercice de ses droits de la défense.

Charge de la preuve. En application de l'ancien article 1315 du Code civil (dans sa rédaction antérieure au 1^{er} octobre 2016, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, qui posait le principe selon lequel la charge de la preuve pèse sur le demandeur ; un principe qui a été repris depuis l'entrée en vigueur de cette ordonnance à l'article 1353 nouveau du Code civil), la jurisprudence (Cass. soc., 31

mars 2015, n° 13-24.410, D. actu. 24 avr. 2015, obs. Ines ; D. 2015. Actu. 871 ; JSL 2015, n° 390-5, obs. Gaba ; RJS 6/2015, n° 433, op. cit.) a établi qu'un salarié ne peut s'approprier des documents appartenant à l'entreprise que s'ils sont strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense dans un litige l'opposant à son employeur, ce qui lui appartient de démontrer. Ce n'est donc, en principe, pas à l'employeur de démontrer que le salarié veut en faire une autre utilisation que celle pour sa seule défense.

Dans cette affaire, le salarié a soutenu que ce transfert était lié aux pourparlers quant à la rupture de son contrat de travail. En effet, selon lui la convention de rupture, lors de l'entretien entrepris dans le cadre des pourparlers, était déjà signée par l'employeur, attestant donc leur volonté de rompre son contrat de travail. L'employeur n'ayant pas contredit le risque de contentieux prud'homale, ni sa volonté de rompre le contrat de travail de son collaborateur, le contexte des pourparlers fut pris en compte et a constitué une première preuve de la légitimité du comportement du salarié. Le seul fait que le salarié ait fourni des explications a posteriori n'a pas suffi à écarter l'établissement d'un contexte de projet de rupture. Outre l'objet du document, le juge doit en vérifier également l'origine. Par quels moyens le salarié a-t-il eu connaissance des documents ?

Le droit de la défense et la preuve du travail accompli

Origine du document. Il est de jurisprudence constante que le salarié doit avoir eu connaissance du document « à l'occasion de l'exercice de ses fonctions » (Cass. soc., 2 décembre 1998, n° 96-44.258, RJS 1999. 26, n° 17 ; D. 1999. 431, note Gaba ; *ibid.* 2000. Somm. 87, obs. Frossard ; JCP 1999. II. 10166, note Bouretz., *op. cit.* ; v. déc. antérieure, Cass. crim., 8 janvier 1979, Bull. crim. 1979, n° 13 ; D. 1979, Jur. p. 509, note P. Corlay). Autrement dit, il ne doit avoir mené ni investigations, ni actions particulières aux fins d'obtenir ledit document (C. TETARD-BLANQUART, « La responsabilisation du salarié face à la preuve dans le procès prud'homal », *op. cit.*). L'accès au document doit correspondre à celui du cadre normal des tâches du salarié. La subtilisation n'est également pas déloyale, dès lors que ces éléments faisaient partie des « informations dont les membres du personnel pouvaient avoir normalement connaissance » (Cass. soc., 2 décembre 1998, n° 96-44.258, RJS 1999. 26, n° 17 ; D. 1999. 431, note Gaba ; *ibid.* 2000. Somm. 87, obs. Frossard ; JCP 1999. II. 10166, note Bouretz., *op. cit.*). Ainsi le mode d'appréhension, que ce soit une copie, une sauvegarde informatique, ou l'envoi sur une boîte informatique semble sans importance. Le terme « connaissance » révélait déjà à l'époque la faible exigence du lien entre les fonctions exercées et les éléments de preuve versés aux débats (v. note R. MARIE, Dr. ouvrier, décembre 2004, p. 561). Nous rejoignons le constat que la limite serait celle du recours, par le salarié, à un système de traitement automatisé de données (*Ibid* ; A. LUCAS, J. DEVEZE, J. FRAYSSINET, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, Paris, PUF, 2001, p. 679 et suiv.). La loyauté de la preuve s'applique également au salarié.

En l'espèce, le salarié a collecté les fichiers des clients avec lesquels il traitait en tant que responsable marketing et de la communication pour le compte de son employeur. « *Ce listing lui permettait de justifier qu'il avait adressé à l'ensemble des clients de l'entreprise les mailings qui leur étaient destinés* ». Ce que la Cour d'appel reconnu comme étant « *la preuve du travail accompli dans le cadre de ses fonctions* ».

Ici s'oppose d'une part le pouvoir de direction de l'employeur dont découle l'appartenance des outils et documents de travail et d'autre part les droits de la défense du salarié (S. FROSSARD, « Utilisation des documents de l'entreprise », Recueil Dalloz, n° 8, février 2000, p. 87). Cette problématique propre au droit du travail impose également de s'interroger quant à l'étendue du contenu des pièces produites en justice.

La confirmation de la légitimité du droit de la défense du salarié

Au-delà de l'origine et de l'objet du document, il revient enfin au juge d'en vérifier le contenu. Si un tel transfert se justifie alors au regard du droit de la défense, à moins de démontrer un usage déloyal dépassant l'exercice légitime des droits du salarié, la collecte de la preuve sera alors admise.

L'évaluation du contenu du fichier client transféré par le salarié

Le salarié doit prouver que les documents de l'entreprise sont strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense. Un lien direct doit exister entre les documents utilisés par le salarié et le litige qui

l'oppose à son employeur (V. ORIF, « Le salarié doit prouver que les documents de l'entreprise sont strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense », Gaz. Pal., n° 167, 16 juin 2015, p. 25). Il convient que les documents soient strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense (Cass. soc., 31 mars 2015, n° 13-24.410, D. actu. 24 avr. 2015, obs. Ines ; D. 2015. Actu. 871 ; JSL 2015, n° 390-5, obs. Gaba ; RJS 6/2015, n° 433, *op. cit.*). Mais que doit-on entendre par une telle expression ? Après avoir vérifié l'origine et l'objet, il revient ainsi au juge du fond d'en contrôler le contenu. Il s'agit là de la condition la plus discutée.

Contenu du transfert. Cela suppose un contrôle de cohérence (C. TETARD-BLANQUART, « La responsabilisation du salarié face à la preuve dans le procès prud'homal », *op. cit.*). En effet, le salarié doit démontrer que la production du document est utile pour sa défense (Cass. crim., 16 juin 2011, n° 10-85.079, Bull. crim. 2011, n° 134 ; JCP S 2011, 1450, note Detraz). Un contrôle est alors effectué quant au périmètre des informations nécessaires pour la défense du salarié. Car le salarié ne doit pas conserver plus de documents que besoin (Cass. crim., 21 juin 2011, n° 10-87. 671, *JCP S 2011, 1475, note A. Martinon*).

Cette approche stricte suppose d'établir par exemple que le document a bien été produit en justice, et pas seulement une partie de celui-ci. C'est ainsi qu'une copie de l'intégralité d'un disque dur est apparue comme étant disproportionnée pour le seul exercice de son droit de la défense. En matière de preuve tous les moyens ne sont pas bons pour arriver à ses fins (S. BRISSY, « Conditions d'admissibilité du vol de documents en vue de l'exercice des droits de la défense », JCP S, n° 23, juin 2015, p. 1203).

En l'occurrence, l'employeur reproche au salarié de ne pas produire le contenu du fichier client aux débats, prouvant ainsi selon lui « *que ce dernier n'était pas strictement nécessaire à l'exercice des droits de la défense* ». De plus, il met en lumière que le salarié a nié, dans un premier temps, la réalisation du transfert, pour, a posteriori, justifier la constitution de preuves. Cependant, l'argument n'a pas été retenu, la cour considérant que « *ce ne peut être qu'a posteriori que le salarié expose la nécessité de procéder aux copies effectuées de sorte que la cour retient les explications données par [le salarié] dans le cadre de sa défense contre la procédure de rupture du contrat, quelle qu'elle soit, mise en œuvre par l'employeur* ».

Peu importe que le salarié ait justifié *a posteriori*. Le principe de l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable, garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, est atteint dès lors que l'on interdit à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions (Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-10.606, D. 2007. AJ 1605 ; *ibid.* Pan. 2775, obs. A. Lepage ; Dr. fam. 2007, n° 154, note Fossier ; RJPJF 2007-11/12, note Putman ; RTD civ. 2007. 637, obs. Perrot *ibid.* 753, obs. Hauser). La jurisprudence a bien pris acte de l'état de subordination juridique dans lequel se trouve le salarié, et a ainsi adapté les moyens de preuve à sa disposition. Il convenait de démontrer ici que la copie du fichier était « *utile à la défense de ses intérêts dans le cadre de la procédure prud'homale risquant de se nouer* », ce qui fut le cas des documents concernant la prestation de travail du salarié.

Le contrôle de l'étendue du contenu des fichiers.

La protection des données personnelles. Enfin, pour démontrer le manquement à son obligation de loyauté et de confidentialité, l'employeur soutenait que les fichiers dérobés contenaient des indications personnelles permettant une exploitation commerciale. Il revenait donc aux juges du fond d'apprécier *in concreto* l'étendue du contenu. Le droit à la preuve ne peut en principe justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée, sauf si cette production est indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte est proportionnée au but poursuivi (Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 2016, n° 15-12.403, D. 2016. 884, note Saint-Pau ; AJ pénal 2016. 326, obs. Aubert ; RTD civ. 2016. 320, obs. Hauser ; *ibid.* 371, obs. Barbier ; JCP 2016, n° 583, note A. Aynès ; Cass. soc., 9 novembre 2016, n° 15-10.203, D. 2017. 37, note Lardeux ; Dr. soc. 2017. 89, obs. Mouly).

Obligation de loyauté et de confidentialité. En outre, le salarié est tenu à une obligation contractuelle de loyauté (C. trav., art. L. 1222-1 ; L. AMIC, *La loyauté dans les rapports de travail*, thèse, Université d'Avignon, 2014. ; v. par exemple, Cass. soc., 3 mai 1962, Bull. civ. IV, n° 362 ; Cass. soc., 21 octobre 2003, n° 01-43.943) et de confidentialité (v. notamment, Cass. soc., 30 juin 1982, n° 80-41.114 ; Cass.

soc., 11 octobre 1978, n° 76-14.440). Nul besoin de le prévoir au sein de son contrat de travail, ces obligations sont inhérentes à la bonne exécution de celui-ci. Au-delà même de la seule exécution de la prestation de travail, elles suivent le salarié en tout temps et tout lieu. Issues du contrat de travail, elles sont destinées à protéger les intérêts de l'entreprise et s'étendent au comportement général du salarié (L. AMIC, *La loyauté dans les rapports de travail*, op. cit., p. 537).

Le fichier ne comprenait qu'une liste d'adresses mails de clients et « *nullement des indications personnelles* ». De plus, selon les juges du fond, l'employeur n'est pas parvenu à démontrer que le salarié « *a transféré sur son adresse personnelle des éléments relatifs aux données personnelles de ses clients* ». Enfin, l'employeur se contentant de produire un procès-verbal dressé par un huissier, cela n'a pas suffi à démontrer que le fichier transféré permettait une exploitation commerciale par le salarié. Il ne contrevenait donc pas à son obligation de loyauté envers son employeur.

Vers le renforcement du droit de la défense. Malgré tout, nous pouvons nous demander, à l'aune de la vigueur du droit de la défense, si la solution n'aurait finalement pas été la même quand bien même cela aurait concerné des données personnelles, à partir du moment où ces documents présenteraient un réel intérêt pour le droit de la défense du salarié.

A ce sujet, la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 22^{ème} ch. B, 24 avril 2001, D. 2001. IR. 3251) avait jugé que la production en justice d'informations, mêmes confidentielles, détenues par un salarié dans le cadre de ses fonctions ou obtenues auprès de collègues de travail, à l'occasion d'un litige l'opposant à son employeur, n'est pas détachable de l'exercice normal des droits de la défense, dès lors que ces informations ne sont pas étrangères à la contestation portée devant la juridiction prud'homale.

Concernant le droit à la preuve de l'employeur, la Cour de cassation (Cass. soc., 25 novembre 2020, n° 17-19.523, *Manfrini*) est même allée plus loin et a admis que l'illicéité d'un moyen de preuve n'entraîne pas systématiquement son rejet, invitant le juge du fond à rechercher dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité si l'atteinte portée à la vie personnelle du salarié par une telle production est justifiée au regard du droit à la preuve de l'employeur. Elle précise cependant que cette production doit être indispensable et non plus seulement nécessaire à l'exercice de ce droit. De même, la Cour de cassation (Cass. soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, D. actu. 21 oct. 2020, obs. Peyronnet) avait amorcé récemment ce revirement en jugeant que le droit à la preuve peut justifier la production en justice d'éléments extraits du compte privé Facebook d'un salarié portant atteinte à sa vie privée, à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi.

Dans la balance, le droit de la défense l'emporte sur beaucoup. Il est d'autant plus important de saluer l'existence d'une certaine souplesse pour le salarié, dès lors que le rapport entre les parties et leur accès à la preuve est déséquilibré.

Pauline Prépin

Doctorante

Université de Versailles-St Quentin en Yvelines (Paris-Saclay)

Laboratoire DANTE

Droit du travail et harcèlement, commentaire par Lorène Lamazières

CA Versailles, 11^{ème} ch., 10 septembre 2020, RG n° 18/03359

CA Versailles, 11^{ème} ch., 17 septembre 2020, RG n° 18/04073

CA Versailles, 11^{ème} ch., 22 octobre 2020, RG n° 18/04355

Harcèlement moral ou sexuel, quel mode d'emploi dans l'appréciation souveraine des juges du fond ?

« Nous avons toujours une ancre qui tient ferme aussi longtemps qu'on ne la brise pas soi-même : c'est le sentiment du devoir » (I. S. Tourgueniev, *Scènes de la vie russe*, 1858). La dénonciation de faits de harcèlement moral ou sexuel ne cesse de s'ancrer dans le conscient collectif, à tel point que le nombre de contentieux faisant état d'une telle situation augmente de manière significative. Entre devoir de moral et justice, dans quel contexte se développe cette dénonciation ?

De “#MeToo” à “#ActToo”, en passant par “#BalanceTonPorc”, la dénonciation du harcèlement gronde dans les contrées travaillistes, qui ne parviennent pas à en réchapper. Les comportements abusifs pouvant être qualifiés de harcèlement moral ou sexuel constituent de réelles violences internes qui se développent également au sein des entreprises (INRS, *Harcèlement et violences internes*, 2021, p.3).

Ainsi, si les employeurs tentent de s'emparer du phénomène, il n'en demeure pas moins difficile de distinguer des faits constitutifs de harcèlement, de la situation telle qu'elle est vécue par le salarié (F. Bousez, “ Office du juge et preuve du harcèlement moral”, *Les Cahiers Sociaux*, 1er nov. 2013, n°257, p.460). Dans ce contexte, la place des juges est cruciale, lesquels deviennent garants de l'équilibre opéré entre la prétendue victime et le prétendu auteur de tels agissements.

Concrètement, les solutions des trois espèces analysées diffèrent. Toutefois, elles éclairent largement le raisonnement appliqué par les juges du fond et rappellent leur pouvoir souverain en matière de preuve du harcèlement (Cass. soc., 8 juin 2016, n° 14-13.418 : RJS 8-9/16, n° 54). Les faits litigieux de ces trois contentieux sont assez similaires. Dans chacune des espèces, une salariée a signalé à son employeur des gestes et des propos qu'elle estime être inappropriés de la part de son supérieur hiérarchique (ou de son collègue de travail pour l'une des espèces). Elle considère que ces faits ont eu pour effet de dégrader ses conditions de travail et de porter atteinte à sa santé physique et mentale.

Dans la première affaire, après avoir dénoncé ces agissements, la salariée a pris acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de l'employeur pour harcèlement moral et a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de requalification de sa prise d'acte en licenciement sans cause réelle et sérieuse. Les conseillers l'ont débouté (CPH Saint-Germain-en-Laye, 17 sept. 2018, n°18/00037) en considérant que le harcèlement n'était pas établi et que la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail produisait les effets d'une démission. La cour d'appel (CA Versailles, 22 oct. 2020, n°18/04355) confirme le jugement des conseillers et juge que le harcèlement moral n'est pas caractérisé.

Au contraire, dans les deux autres espèces, la Cour d'appel de Versailles qualifie les agissements dénoncés par les salariées de harcèlement moral. En effet, dans la deuxième affaire, la salariée a été déclarée inapte par le médecin du travail de sorte que son reclassement était impossible. La salariée a donc été licenciée pour inaptitude avec mise à pied conservatoire et a contesté ce dernier en formulant une demande d'indemnisation du harcèlement moral et sexuel dont elle soutient avoir été victime. Les conseillers l'ont débouté (CPH de Montmorency, 5 sept. 2018, n°17/00490), en considérant que ni le harcèlement moral ni le harcèlement sexiste et sexuel n'étaient établis et que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse. La cour d'appel (CA Versailles, 17 sept. 2020, n°18/04073) infirme partiellement le jugement des conseillers prud'homaux, sauf en celles de ses dispositions relatives au harcèlement sexuel, et juge que le harcèlement moral est caractérisé.

Enfin, dans la troisième affaire, la salariée a saisi le conseil des prud'hommes en résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur et sollicitait sa condamnation pour harcèlement moral (le 13 septembre 2016). Par suite, son employeur lui a notifié son licenciement pour faute en raison d'accusations mensongères et de calomnies contre sa hiérarchie (le 27 janvier 2017). Les conseillers ont jugé la demande de résiliation judiciaire du contrat de travail formée par la salariée bien fondée et a

condamné la société au paiement de la somme de 80.000 euros à titre d'indemnité pour licenciement nul (CPH Boulogne Billancourt, 14 juin 2018, n°16/01845). La cour d'appel confirme le jugement des conseillers et juge que la demande de résiliation judiciaire du contrat de travail est bien fondée et produit dans ce contexte les effets d'un licenciement nul.

Pour autant, si le harcèlement moral semble être plus facilement démontrable par le salarié, le harcèlement sexuel n'a, quant à lui, pas été retenu par les juges du fond. Cette nuance signifierait-elle que les juges opèrent une distinction en matière de preuve du harcèlement moral et sexuel ? Non, il n'en est rien. Le harcèlement, quel que soit son motif, est englobé par une analyse spécifique. L'enjeu est d'importance puisque face aux spécificités légales et procédurales encadrées par les juges du fond (I), la question essentielle est celle de la preuve du harcèlement (II).

I. En scène ! Les acteurs du dispositif de harcèlement encadrés par l'office du juge

Les dispositions légales, ou le socle fondateur dans la reconnaissance du harcèlement par le juge.

La question de l'encadrement de la preuve en matière de harcèlement impose au préalable de définir la notion de harcèlement moral et sexuel.

Le harcèlement moral tire son origine légale dans la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 (v. loi de modernisation sociale du 17 janv. 2002, chapitre IV, art. 168 à 180). Pour autant, il va sans dire que toute « *situation délicate au travail ne saurait être constitutive d'un harcèlement* » (E. Pierroux E., *Gaz. Pal.* 12 août 2010, p. 16), fût-elle d'origine morale ou sexuelle. Les juges du fond doivent ainsi veiller, au travers de leur jurisprudence, au respect des règles légales existantes et à l'harmonisation de leurs décisions.

La loi est claire : « *aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* » (C. trav., L.1152-1).

Le harcèlement sexuel est, quant à lui, constitué « *par des propos ou comportements à connotation sexuelle répétés qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante* », ou sont assimilés au harcèlement sexuel, des faits « *consistant en toute forme de pression grave, même non répétée, exercée dans un but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers* » (C. trav., art L.1153-2).

Dès lors, si les notions légales en matière de harcèlement semblent plutôt distinctes, les règles de preuve en matière de harcèlement sexuel sont identiques à celles du harcèlement moral (Cass. soc., 8 juil. 2020, n° 18-23.410, n° 18-24.320). Partant, les dispositions relatives à la charge de la preuve sont communes au harcèlement sexuel et au harcèlement moral mais échappent au spectre du législateur.

A l'occasion de ces trois arrêts, la cour d'appel de Versailles applique strictement les règles en matière de preuve de harcèlement. Pour ce faire, les juges ne manquent pas de rappeler, avant chacune de ses démonstrations, le visa des articles tendant à cadrer le dispositif de harcèlement et venant alors sécuriser d'autant plus leur pouvoir souverain (Cass. soc. 8 juin 2016, n° 14-13.418). Autrement dit, et sous

réserve d'exercer leur office dans les conditions imposées par le législateur et la Cour de cassation (Cass. soc., 24 sept. 2008, n° 06-43504 : note P. Adam, *Dr. ouv.* 2008, n° 11, p. 545), les juges du fond apprécient de manière souveraine et autonome si, d'une part, le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence de harcèlement moral ou sexuel et, d'autre part, si l'employeur parvient à prouver que les agissements invoqués sont étrangers à tout harcèlement.

Les juges, aux larges pouvoirs en matière de harcèlement, devront toutefois adapter leurs décisions à l'aune des questions contemporaines qui surgissent de toute part. Le droit social s'emparant peu à peu de ces questions, à l'image du droit caméléon qu'il représente (B. de Sousa Santos, « Droit une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », *Droit & société*, 1988/10, p. 363), il s'agira, pour les juridictions du fond, de s'inscrire dans cette évolution, qui ne manquera pas de connaître un jour jurisprudentiel nouveau.

La responsabilité de l'employeur face à son obligation de sécurité en matière de prévention du harcèlement : un contrôle renforcé par le juge

« *Mieux vaut prévenir que guérir* » ! Telle est la logique appliquée par la Cour de cassation qui a fait évoluer sa jurisprudence sur l'obligation de sécurité de résultat. Désormais, ce n'est plus une obligation de résultat mais une simple obligation de sécurité qui est attendue de la part des employeurs (Cass. soc., 25 nov. 2015, n° 14-24.444 : note P.-H. Antonmattei, *Dr. soc.*, 2016, p.457 ; obs. A. Gardin, *RJS* 2/2016, p. 99 ; obs. N. Dejean de la Bâtie, *JSL* 2016, n° 401-1 ; v. aussi J.-Y. Frouin, « L'obligation de sécurité de l'employeur (à propos de l'arrêt Air France du 25 novembre 2015) », *JSL*, n° 500, juin 2020, p. 37).

Dans les trois arrêts, le débat ne porte pas tant sur le non-respect des principes généraux de prévention (C. trav., art. L. 4121-2) que sur les moyens qu'auraient dû mettre en place l'employeur pour prévenir des difficultés rencontrées par les salariées.

Par conséquent, l'employeur engage sa responsabilité en cas de harcèlement et ce, même s'il a pris des mesures destinées à les faire cesser (Cass. soc., 3 fév. 2010, n° 08-40144 : note J. Mouly, *JCP-S*, 2010, 321). L'employeur doit donc agir dès l'apparition des premiers signes de harcèlement, ou le cas échéant, à compter de la dénonciation des faits par le salarié. A fortiori, l'employeur est vraiment encouragé à investir le champ de la prévention en prenant des mesures de prévention et en prenant les mesures propres à mettre un terme aux faits (Cass. soc., 13 déc. 2017, n° 16-14.999).

Concrètement, les juges du fond et, dans ces trois cas, la cour d'appel de Versailles, vérifient le bon accomplissement de l'employeur, de toutes les mesures de prévention nécessaires. En l'espèce, les salariées remettent en question la qualité de la démarche préventive de leur employeur, voire même une absence totale de mesures visant à les protéger des faits qu'elles dénoncent afin de faire cesser tout danger sur leur santé mentale et/ou physique.

Pour répondre à ces allégations, les juges du fond viennent une fois de plus graver dans le marbre jurisprudentiel que les employeurs ne doivent en aucun cas rester inactifs face à des dénonciations de faits constitutifs de harcèlement. Plus encore, le caractère obligatoire et systématique d'une enquête semble être d'office relevé par les juges du fond qui précisent en l'espèce que « *l'obligation de diligenter une enquête et de prendre toutes les mesures nécessaires y compris à titre conservatoire pour que cesse la situation de souffrance et le cas échéant les comportements de harcèlement* » (*ibid.*).

L'approche des juges du fond, en matière de harcèlement semble donc relativement claire. Toutefois, dans quelles mesures le régime probatoire appliqué par les juges du fond se distingue-t-il autant du

régime classique de la preuve ? Il ne faudra pas chercher bien loin pour résoudre cette question... la réponse se situant dans les textes !

II. Le régime probatoire spécifique au harcèlement : les éléments de preuve comme clé de voûte au dispositif

Le salarié en proie à la rigueur des juges : la nécessité de faits précis et concordants.

Finalement, peu important les conditions dans lesquelles la rupture du contrat de travail a lieu, ce sont les preuves rapportées par le salarié et l'employeur qui sont analysées par les juges du fond afin de caractériser ou non le harcèlement, et ce, qu'il soit moral ou sexuel.

A cet égard, les textes précisent explicitement que le salarié doit établir des faits permettant de présumer l'existence d'un harcèlement (C. trav., art. 1154-1). La Cour de cassation considère que la victime doit établir « *la matérialité de faits précis et concordants* » (Cass. soc., 16 mai 2012, n° 10-10623).

De ce fait, il appartient aux juges d'examiner l'ensemble des éléments invoqués par le salarié (Cass. Soc., 8 juil. 2020, n° 18-23410), en prenant en compte les documents médicaux éventuellement produits, les courriels, les attestations de témoignage, des avis de réunion, etc.

L'objectif des juges est donc d'apprécier si les faits matériellement établis et pris dans leur ensemble, permettent de présumer de l'existence d'un harcèlement. Le cas échéant, il reviendra aux juges du fond de vérifier si l'employeur parvient à prouver que les agissements invoqués ne sont pas constitutifs de harcèlement et que les décisions qu'il aura prises auront été justifiées par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. A défaut, et en l'absence de faits précis, la matérialité du fait « *précis et concordant* » ne sera pas constituée (Cass. soc., 9 oct. 2013, n° 12-22288).

Ainsi, les juges font preuve de constance dans leur stricte application des règles probatoires. En effet, dans ces trois arrêts, les juges du fond ont rappelé l'attendu de principe suivant : « *il résulte de ces textes que lorsque le salarié établit la matérialité de faits précis et concordants constituant selon lui un harcèlement, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral ; (...)* ». C'est bien là que se situe la difficulté dans chaque espèce : la frontière entre les situations de fait et le droit applicable. En rejetant la demande de la salariée dénonçant des faits de harcèlement, ou, au contraire, en faisant droit à sa demande, les juges du fond n'usent-ils pas abusivement de leur pouvoir souverain quant aux règles probatoires dérogatoires ?

A plusieurs reprises, et pour chacune des pièces qui lui ont été soumises dans le cadre du litige, les juges du fond ont vérifié que les faits rapportés étaient précis et concordants. Tout particulièrement, les juges rappellent que certains éléments de preuve font défaut. Notamment, le caractère probant des attestations de témoignage établies par les proches de la salariée « *est sérieusement altéré par le lien de filiation (...)* ». Ainsi, et dans la mesure où nul ne peut se constituer une preuve à soi-même (v. C. Cass., rapport annuel 2012, *Étude sur la preuve* ; Cass. civ., 1^{ère}, 1 fév. 2005, n° 02-19.757 ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, n° 02-12.302 ; Cass. civ., 1^{ère}, 13 fév. 2007, n° 05-12.2016 ; Cass. civ. 2^{ème}, 6 mars 2014, n° 13-14.295), les éléments rapportés par ces attestations ne sont pas suffisamment précis et concordants.

Dès lors, il est possible d'en déduire que les juges procèdent à une analyse particulière des témoignages versés aux débats, de sorte qu'il convient nécessairement de distinguer la recevabilité de la preuve de sa force probante. Par conséquent, le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond en matière de preuve demeure entier et pleinement consacré.

Toutefois, et quand bien même ces attestations ne possèdent pas de force probante, il convient de se demander dans quelles mesures, des « *gestes simplement amicaux* » tels que peut l'entendre l'un des salariés présumés harceleurs qui considère que la salariée présumée victime « *n'avait manifesté ni gêne ni malaise* », peuvent-ils justifier de tels agissements ?

La frontière entre une attitude inappropriée et le caractère ou non sexiste de tels gestes et propos est mince. L'office des juges trouve donc sa limite en ce qu'il ne peut décerner de sanctionner à la place de l'employeur des comportements comme étant jugés non conformes aux codes de bonne conduite. Ainsi, si sur le plan juridique ces agissements échappent aux juges, sur le plan de la morale, il en va d'une toute autre approche...

A l'occasion de ces trois arrêts, les juges du fond confirment donc leur méthode d'application des règles probatoires en matière de harcèlement. Ils ne font pas reposer sur le seul salarié la charge de la preuve et considèrent que l'employeur doit, à son tour, prouver que les agissements dénoncés ne sont pas constitutifs de harcèlement.

L'exigence d'éléments objectifs étrangers à tout harcèlement, seule possibilité d'exonération de la responsabilité de l'employeur.

Pour rappel, et sous réserve d'exercer son office dans les conditions qui précèdent, les juges du fond apprécient de manière souveraine l'établissement des faits qui permettent de présumer l'existence de harcèlement. Par ailleurs, les dispositions du code du travail exigent que l'employeur prouve que les agissements ne sont pas constitutifs d'un harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement (C. trav., art. L. 1154). Toutefois, l'employeur n'est pas pris au piège des griffes de la législation dans la mesure où il lui est offerte la possibilité de s'exonérer de sa responsabilité dès lors qu'il établit, pour l'ensemble des faits dénoncés par le salarié (Cass. soc., 6 avr. 2011, n° 10-30284), « *l'existence (...) d'éléments objectifs étrangers à tout harcèlement* » (Cass. soc., 6 avr. 2011, n° 09-72488). Cela n'est d'ailleurs pas sans rappeler les règles procédurales relatives au respect du contradictoire.

Dans chacune des trois espèces, les juges rappellent ce principe et énoncent que « (...) *il appartient à l'employeur de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement* ». Par conséquent, il semble exister un double effet qui se couple pour que l'employeur puisse voir sa responsabilité être exonérée. Il devra nécessairement rapporter la preuve d'un fait négatif « *probatio diabolica* », en justifiant sa décision par des éléments objectifs (Cass. soc., 2 mars 2011, n° 09-42367) et en prouvant que le contenu des éléments qu'il soumet aux juges à l'occasion des débats est « *étranger à tout harcèlement* ». Néanmoins, la portée de l'exonération de la responsabilité de l'employeur est minime. En réalité, les juges procèdent à une analyse des éléments soumis à leur appréciation « *dans leur ensemble* » et il semble difficile, en pratique, que l'employeur puisse rapporter des éléments de preuve pour chacun des agissements dénoncés et pour chacune des pièces versées aux débats par le salarié.

L'employeur se retrouve donc face à une position législative et jurisprudentielle sévère, de sorte qu'il y a fort à parier qu'en de tels cas, l'employeur aura du mal à réunir la preuve attendue pour bénéficier de son exonération, réduisant celle-ci à l'état de mirage législatif...

Lorène LAMAZIERES

Droit du travail et insuffisance professionnelle, commentaire par Ndeye Fatou Niang

CA Versailles, 11^{ème} ch., 10 sept. 2020 – R.G. n° 18/02089 ; 17 sept. 2020 – R.G. n° 18/03734

Le salarié n'est pas toujours à la hauteur de ses obligations contractuelles. Ainsi, tout au long de la relation de travail, l'employeur est amené à apprécier les aptitudes professionnelles de ses salariés. Cet attribut du pouvoir patronal trouve son fondement dans le lien de subordination découlant du contrat de travail.

A ce titre, au constat de l'insuffisance professionnelle du salarié, l'employeur peut se prévaloir d'un éventail d'actions possibles telles que notamment un renforcement de la formation pour permettre au salarié concerné de mieux s'adapter à son poste, un changement de tâches ou d'affectation ou encore d'autres types de mesures d'accompagnement. En général, l'échec de ces solutions alternatives devant favoriser le maintien dans l'emploi ouvre la voie au licenciement pour insuffisance professionnelle.

En effet, l'insuffisance professionnelle est le motif privilégié pour alimenter les discussions contentieuses relatives au jugement des aptitudes professionnelles des salariés (S. Vernac, *L'évaluation des salariés en droit du travail*, Recueil Dalloz, D.2005. p 92).

S'il est admis que l'appréciation de la performance du salarié est à la discrétion de l'employeur grâce à son pouvoir de direction, il n'en demeure pas moins que la jurisprudence impose un contrôle d'objectivité et de cohérence afin d'écarter toutes mesures arbitraires et subjectives.

Les décisions commentées. Les arrêts de la Cour d'appel de Versailles qui font l'objet de ce commentaire permettent d'illustrer les points abordés ci-avant. Dans la première espèce, il s'agit d'une salariée embauchée en 2010 en qualité de comptable et désignée par la suite « responsable comptable » qui conteste son licenciement pour insuffisance professionnelle notifié le 14 mars 2013. Il lui était notamment reproché des carences dans la qualité des travaux rendus ainsi que des retards dans l'exécution de ses missions.

Par la suite, une procédure judiciaire a été introduite par la salariée devant le Conseil des prud'hommes de Boulogne-Billancourt le 9 août 2013. A ce titre, par un jugement en date du 29 mars 2018, la salariée s'est vue débouter de sa demande.

En effet, les juges du fond ont retenu que le licenciement de la salariée était motivé par une cause réelle et sérieuse. Toutefois, considérant le contraire, la demanderesse a interjeté appel en Avril 2018. La Cour d'appel de Versailles confirma la décision de première instance par un arrêt du 10 septembre 2020.

Dans la seconde espèce, un salarié qui occupait les fonctions de « *directeur système informatique* » a été licencié pour le même motif après environ dix-neuf ans d'ancienneté. Dans la lettre de licenciement, l'employeur lui reproche notamment de « *graves défaillances managériales* » ainsi que des insuffisances dans l'exécution de ses fonctions.

Le Conseil des prud'hommes de Nanterre, le 20 juillet 2018, juge que le licenciement du salarié est fondé sur une cause réelle et sérieuse et déboute celui-ci de sa demande. Ce jugement sera confirmé par la Cour d'appel de Versailles par un arrêt du 17 septembre 2020.

Définition de l'insuffisance professionnelle (rappels). Dans l'une et l'autre décision, la 11^{ème} chambre définit l'insuffisance professionnelle comme « *le fait qu'un salarié, de manière non délibérée, n'exécute pas de manière satisfaisante son travail et les missions qui lui sont confiées* ». Deux éléments ressortent de cette définition : d'une part, l'exécution insatisfaisante du travail et d'autre part, le caractère non délibéré de l'incapacité professionnelle du salarié. Le premier se manifeste, généralement, par des erreurs ou omissions, des objectifs non atteints, le non-respect des délais (premier arrêt), des difficultés à manager des collaborateurs, à communiquer avec eux ou à assumer ses responsabilités professionnelles (comme cela a été reproché au salarié dans l'autre arrêt). Le second permet notamment d'illustrer la distinction entre l'insuffisance professionnelle et la faute disciplinaire.

Les frontières entre le disciplinaire et l'incompétence professionnelle. Le licenciement pour insuffisance professionnelle, bien que fréquent en pratique, soulève plusieurs questions relatives notamment à sa frontière avec les motifs voisins tels que la faute disciplinaire, l'inaptitude ou encore l'insuffisance de résultats. Que ce soit une qualification erronée ou un choix stratégique de l'employeur (Cass. soc., 15 déc. 2011, n° 10-23.483 : l'employeur a licencié le salarié pour insuffisance professionnelle en s'appuyant essentiellement sur des motifs disciplinaires. Il s'agissait, en effet, d'un choix stratégique de l'employeur pour contourner le délai de prescription des faits reprochés), la distinction souvent subtile entre ces motifs personnels pose un certain nombre de difficultés et nécessite donc un patient travail de raisonnement auquel se livre d'ailleurs la Cour d'appel de Versailles.

La distinction relative à la faute disciplinaire est la plus controversée. En effet, très souvent, « *l'une et l'autre se traduisent par une exécution défectueuse du contrat de travail* » (J. Mouly, *De la relativité de la distinction entre la faute disciplinaire et l'insuffisance professionnelle*, Dr. Social 2014, p. 381). Néanmoins, il découle de la jurisprudence que le critère essentiel pour les distinguer est relatif à la « *mauvaise volonté délibérée* » (v. notamment, Cass. soc., 16 février 2012, n°10-18.162 : compte tenu de l'ensemble des griefs invoqués dans la lettre de licenciement et les éléments de preuve qui lui étaient soumis, la cour a retenu que ces griefs relevaient, à défaut de mauvaise volonté délibérée, d'une insuffisance professionnelle et en a déduit à bon droit que le licenciement, prononcé pour faute grave, était dépourvu de cause réelle et sérieuse) ou à l'abstention volontaire du salarié c'est-à-dire au caractère intentionnel ou non des griefs invoqués par l'employeur. Dès lors, l'insuffisance professionnelle se distingue de la faute car elle résulte d'un comportement involontaire du salarié. Elle est donc, en principe, exclusive de la faute du salarié. Néanmoins, la vigilance est de rigueur puisque certaines décisions de la Haute juridiction ont contribué à rendre ce critère difficile à définir (v. par exemple, Cass. soc., 5 février 2014, n° 12-28.831 : la circonstance qu'une sanction disciplinaire a été notifiée au salarié pour des faits liés à l'exercice de ses fonctions ne prive pas l'employeur de la possibilité de le licencier en invoquant son insuffisance professionnelle pour des faits nouveaux de même nature).

Dans le second arrêt ici commenté, l'appelant soutenait qu'il lui était infligé « *une sanction pour des agissements considérés comme fautifs* » par son ancien employeur. Cet argument a conduit à une analyse de la nature du licenciement. La cour se base, ainsi, sur le contenu de la lettre de licenciement pour confirmer les prétentions de l'intimé selon lesquelles l'affaire concernait une insuffisance professionnelle et non une faute disciplinaire. Pour étayer sa position, la cour reprend notamment les extraits suivants de la lettre: « *défaillances managériales* », « *mauvaise compréhension de leurs besoins* », « *méthode de management (...) parfaitement inappropriée* ». Cette décision démontre que la distinction entre ces deux motifs n'est pas toujours aisée d'autant plus que l'insuffisance managériale peut parfois être délibérée (Cass. soc., 2 juin 2017, n°16-13.134 : la cour d'appel a retenu, sans méconnaître les termes de la lettre de licenciement, que les griefs d'insuffisance managériale qu'elle invoquait relevaient d'une insuffisance professionnelle non fautive ; il s'agissait, en l'espèce, d'un salarié qui avait un style de management agressif et tenait des propos insultants et dégradants à l'encontre de ses subordonnées).

La cour ne manque pas l'occasion de relever que la seule mention d'un « *rejet de la faute* » ne suffit pas à retenir un motif disciplinaire et n'équivaut pas à une absence de cause réelle et sérieuse. Il en résulte que la qualification du motif de licenciement par l'employeur est un élément déterminant du contentieux. Il faudrait rappeler que la règle selon laquelle la lettre de licenciement fixe les limites du litige fait que

celui qui motive sa décision par une insuffisance professionnelle tout en s'appuyant sur des éléments constitutifs d'une faute disciplinaire s'expose à ce que le licenciement soit réputé sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 9 janvier 2019, n°17-20.568). L'employeur n'a donc pas intérêt à se tromper.

Cause réelle et sérieuse du licenciement pour insuffisance professionnelle : des éléments objectifs et vérifiables. Face au silence de la loi, le régime de l'insuffisance professionnelle a été déterminé par la jurisprudence. La Cour d'appel de Versailles a, d'ailleurs, pendant longtemps contribué à la construction de celui-ci en témoignant d'une rigueur absolue à travers un exposé clair et sérieux des différentes étapes de son argumentation (v. notamment : CA Versailles, 21 novembre 2017, n° 16/035658 et 16/03372 ; CA Versailles, 2 juin 2016, n° 14/01472 ; CA Versailles, 13 novembre 2012, n° 11/03293 ; CA Versailles, 9 février 2011, n° 09/038518 CA Versailles, 5 mars 2002, n° 2000-3445).

Dans la première espèce, la Cour retient que l'insuffisance professionnelle constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement uniquement lorsqu'elle repose sur « *des éléments objectifs, précis et vérifiables* ». Ensuite, dans la seconde, elle se borne à préciser que le motif d'insuffisance professionnelle est subordonnée à des « *éléments objectifs matériellement vérifiables* ». En tout état de cause, les exigences relatives à l'objectivité et à la matérialité des faits sont constantes. Comment se manifestent-elles dans les deux décisions commentées ?

Il est de jurisprudence constante que le motif tiré de l'insuffisance professionnelle « *constitue un motif matériellement vérifiable qui peut être précisé et discuté devant les juges du fond* » (Cass. soc., 23 mai 2000, n° 98-42.064 : la seule mention dans la lettre de licenciement du motif selon lequel le travail du salarié « ne donnait pas satisfaction » n'équivaut pas à une absence de motifs matériellement vérifiables puisque des précisions peuvent être apportées par l'employeur devant le juge). L'instance est donc le moment pour l'employeur d'étayer les insuffisances reprochées, pour le salarié de les contester et pour le juge de contrôler leur matérialité. Autrement dit, la simple mention de l'insuffisance professionnelle du salarié dans la lettre de licenciement, sans que des faits précis ne soient mentionnés, n'équivaut pas à une absence de motifs (également, Cass. soc., 3 oct. 2007, n° 06-42.646).

Cependant, si la lettre ne nécessite pas de détails particuliers, il n'en demeure pas moins qu'elle reste un support privilégié pour vérifier, devant le juge, si le licenciement repose sur un motif réel et sérieux. Ainsi, dans l'un et l'autre arrêt, la Cour d'appel de Versailles étudie méticuleusement le contenu de la lettre de licenciement afin de déterminer si l'employeur fonde sa décision sur des faits objectifs et vérifiables. Dans le premier, la cour relève les erreurs et omissions dans les travaux réalisés par la salariée ainsi que ses nombreux retards pour motiver sa décision. Ensuite, dans le second, elle exploite toutes les insuffisances visées par la lettre afin de préciser d'une part, la nature du licenciement et d'autre part, la réalité des insuffisances reprochées au salarié.

Des raisons imputables au salarié. Les éléments permettant à l'employeur de démontrer l'insuffisance professionnelle doivent être imputables au salarié (CA Versailles, 13 novembre 2012, n°11/03293). Elle ne doit donc pas découler d'un fait extérieur au salarié par exemple une surcharge de travail, des exigences et attentes élevées de l'employeur, des résultats non réalisables, une absence de proposition de formation de la part de l'employeur, etc.

Cette condition implique que la prise en compte par la cour des actions de l'employeur ainsi que la conjoncture économique et sociale de l'entreprise. L'insuffisance professionnelle doit être établie par des éléments objectifs constatés sur une période suffisamment longue pour ne pas paraître comme passagère ou conjoncturelle (CA Versailles, 21 novembre 2017, n°16/03372). En ce sens, dans le premier arrêt, la salariée n'a pas manqué l'occasion de soulever que les faits qui lui sont reprochés, étaient dus à la surcharge de travail de l'opération de fusion intervenue en juin 2012. Après une analyse des pièces versées aux débats, la cour a retenu que l'appelante ne démontrait pas l'existence de cette surcharge prétendue d'autant plus que dans le cadre de l'évolution de ses missions, l'employeur avait renforcé son équipe « par l'aide de 3 salariés » qui avait repris la réalisation de certaines de ses tâches. Partant de là, la Cour écarte la prise en compte du contexte de réorganisation de l'entreprise dans l'appréciation de l'insuffisance professionnelle. Néanmoins, nous considérons que ce point mériterait

plus d'attention. En effet, l'« ajustement organisationnel » (terme utilisé par l'entreprise pour décrire les modifications qui ont été apportées aux attributions de la salariée) des tâches de la salariée à la suite de la fusion s'est traduit par une profonde modification de ses missions. Avait-elle les moyens nécessaires pour exercer convenablement ses fonctions ? L'employeur s'est-il assuré de son adaptation au poste de responsable comptable ? Parce que oui, l'employeur a une obligation d'adaptation conformément aux dispositions légales. Ainsi, il est exigé de lui, en application de l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail, l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois (v., Cass. soc., 25 févr. 1992, n°89-41.634 et C. trav., art. L.6321-1). Il fallait donc, selon nous, aller au bout de l'analyse en recherchant si l'employeur avait veillé au maintien de la capacité de la salariée à occuper son emploi.

Bien que les deux arrêts commentés ne présentent pas de nouveauté particulière, la construction rigoureuse des argumentations et le raisonnement juridique fluide de la Cour d'appel de Versailles permet de mieux appréhender les difficultés liées au recours à ce motif de rupture, et la cohérence du raisonnement judiciaire qui s'y applique.

Ndeye Fatou NIANG
Doctorante
Université de Versailles-St Quentin en Yvelines (Paris-Saclay)
Laboratoire DANTE