L'appréciation restrictive du lien de causalité en matière de responsabilité extracontractuelle à l'encontre de sociétés têtes de réseau

Note sous Soc., 29 septembre 2021, n° 20-14.936 et *alii*, *Ebizcuss.com*, F-D

L'espèce. L'arrêt à commenter de la Cour de cassation est le pendant social d'une des plus grosses affaires en droit interne de la concurrence. Dans une décision n° 20-D-04 du 16 mars 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits d'*Apple*, l'Autorité de la concurrence a sanctionné le fameux groupe à la pomme d'une amende d'un montant de plus d'un milliard d'euros pour des pratiques anticoncurrentielles (restrictions de clientèle des grossistes, entente verticale sur les prix de détail et abus de dépendance économique). L'affaire est toujours pendante devant la cour d'appel de Paris.

Pour ce qui nous intéresse, la société *Ebizcuss.com* a conclu en 2002 avec le groupe *Apple* un contrat de distribution des produits de cette marque par lequel elle est devenue revendeur spécialisé de type « *Apple authorised resseler agreement* » (ARR) puis, en 2008, un avenant par lequel elle a été promue revendeur de type « *Apple prenium resseller* » (APR). Fin 2009, *Apple* a décidé, dans les zones de chalandise les plus importantes, de créer ses propres magasins physiques de vente au détail, dénommés les « *Apple Retail Stores* ». Ces revendeurs internes ont bénéficié d'un traitement de faveur notamment en matière d'approvisionnement, conduisant les autres revendeurs spécialisés vers leur perte. Cela n'a pas manqué : le 31 mai 2012, le tribunal de commerce a prononcé la liquidation judiciaire de la société *Ebizcuss.com*. Par conséquent, ses salariés se sont vus notifier leur licenciement pour cessation d'activité. Plusieurs d'entre eux ont alors saisi la juridiction prud'homale de demandes tendant au paiement de dommages-intérêts à l'encontre de trois sociétés du groupe *Apple*, en invoquant à titre principal la qualité de coemployeurs de celles-ci, à titre subsidiaire la fraude aux dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail (cette question ne nous retiendra pas dans le cadre de ce commentaire), et à titre encore plus subsidiaire la responsabilité extracontractuelle de ces trois sociétés.

Le coemploi, une stratégie procédurale ? La prétention de faire reconnaître la qualité de coemployeur avait peu de chance de prospérer dans le cadre d'un réseau de distribution. Particulièrement étroite au sein d'un groupe de sociétés, la voie du coemploi l'est encore plus au sein d'une organisation contractuelle. La Cour de cassation applique en l'espèce le dernier état de la jurisprudence en matière de coemploi (Soc., 22 novembre 2020, n° 18-13.769, publié : *BJT*, janvier 2021, p. 21, note G. DUCHANGE) : en relevant que « la société *Ebizcuss.com* avait développé une activité autre que celle de revendeur des produits *Apple*, disposait d'une autonomie de gestion économique ainsi que d'une clientèle propre et gérait ses personnels de façon autonome », les juges du fond ont ainsi « fait ressortir l'absence d'immixtion permanente dans la gestion économique et sociale de la société *Ebizcuss.com* conduisant à la perte totale d'autonomie d'action de cette dernière ». Si bien que l'on en vient à se demander si l'argument du coemploi, si désespéré soit-il quant à sa reconnaissance au fond, n'est pas en réalité invoqué au soutien d'une argumentation processuelle. En effet, la Cour de cassation avait précisé que, dans le cadre d'une action à l'encontre d'une société tierce, le conseil de prud'hommes n'est pas compétent, lorsqu'« il n'était pas soutenu l'existence d'une situation de coemploi et que les demandes reposaient sur la responsabilité extracontractuelle de cette société » (Soc., 13 juin 2018, n° 16-25.873, publié : *BJT*, octobre 2018, p. 113, note J. ICARD). *A contrario*, lorsqu'est soutenue l'existence d'une situation de

coemploi, la juridiction prud'homale redeviendrait compétente pour connaître l'action de salariés en matière de responsabilité civile extracontractuelle. Une simple virtualité de contrat de travail invoquée à l'encontre de n'importe quel tiers, suffirait ainsi à rendre compétente la juridiction prud'homale. Quoi qu'il en soit, une fois la porte du coemploi fermée, restait entrouverte celle de la responsabilité délictuelle.

Des précisions attendues sur le lien de causalité. En matière de responsabilité extracontractuelle à l'encontre de sociétés tierces, la Cour de cassation a eu d'abord à se prononcer sur la notion de faute (Soc., 8 juillet 2014, n° 13-15.573, *Sofarec*, *Bull. V*, n° 180 : *Cah. soc.* 2014, p. 511, note J. ICARD ; 24 mai 2018, n° 16-22.881, *Lee Cooper*, publié ; 24 mai 2018, n° 16-18.621, *Bouyer* : *BJT*, octobre 2018, p. 113, note J. ICARD ; *SSL* 2018, n° 1820, p. 6 ; *Dr. ouv.* 2018, p. 631, note S. RANC). Pour mémoire, une faute simple de la société tierce suffit à engager sa responsabilité délictuelle de droit commun à l'égard des tiers salariés ; inutile de passer par la faute qualifiée issue du droit des sociétés pour engager la responsabilité de l'associé (Com., 18 février 2014, n° 12-29.752, publié). En l'espèce et sans préjuger de l'affaire en cours dans son volet concurrentiel, les fautes des sociétés têtes du réseau pouvaient être caractérisées à travers leurs pratiques anticoncurrentielles, ce que n'ont pas manqué de soulever les salariés dans leur pourvoi.

Plus récemment, la Cour de cassation s'est exprimée sur la notion de dommage en considérant que les préjudices invoqués par les salariés au titre de la perte de l'emploi et de la perte de chance d'un retour à l'emploi avaient déjà été réparés par l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse dans le cadre de la responsabilité contractuelle de l'employeur. Les mêmes préjudices ne pouvaient pas donner lieu à une réparation dans le cadre de la responsabilité extracontractuelle (Soc., 27 janvier 2021, n° 18-23.535, publié : *BJT*, mars 2021, p. 13, note G. DUCHANGE ; *SSL* 2021, n° 1944, p. 5, note G. LOISEAU ; *Dr. ouv.* 2021, p. 222, note S. FRANÇOIS).

Il ne restait plus qu'à connaître du lien de causalité (pour des études qui l'avait déjà envisagé, v. not. A. FABRE, « Les vices et les vertus de la responsabilité pour faute dans les groupes de sociétés », *Cah. soc.* 2016, p. 473 ; G. LOISEAU, « La responsabilité extracontractuelle : un tigre de papier dans l'arène des licenciements économiques », *SSL* 2021, n° 1944, p. 5). C'est désormais chose faite avec l'arrêt soumis à notre examen du 29 septembre 2021, que la Cour de cassation ne prend d'ailleurs même pas la peine de publier. En l'espèce, les juges du fond ont retenu que l'ouverture des *Apple stores* avait certes entraîné une baisse du chiffre d'affaires des établissements de la société *Ibizcuss.com*. Mais qu'avant sa déconfiture, cette dernière avait racheté le groupe informatique *Mac Line* et qu'aucun élément n'était versé aux débats permettant d'apprécier les effets de cette décision sur la situation économique de l'employeur. En l'état de ces constatations, la Cour de cassation décide que les juges du fond ont pu en déduire que l'existence d'un lien de causalité n'était pas établie entre la stratégie commerciale adoptée par les sociétés *Apple* et la déconfiture de la société *Ebizcuss.com*. Pour le dire autrement, la Haute juridiction retient une conception restrictive du lien de causalité. Dans cette pluralité de causes successives, toutes les décisions stratégiques d'*Apple* ne sont pas à retenir (théorie de l'équivalence des conditions). Seules celles dont le rôle causal a été particulièrement déterminant ou prépondérant dans la déconfiture de l'employeur engendreront une responsabilité délictuelle (théorie de la causalité adéquate).

La Cour de cassation avait déjà procédé implicitement à un tel raisonnement dans l'arrêt *Bouyer* du 24 mai 2018 (*supra*) où elle avait décidé que la société dominante n'avait pas contribué à la « cessation des paiements de l'employeur » (*sic*), dans la mesure où la situation de la société employeur était déjà compromise lors des acquisitions successives précédant la cession au profit de la société dominante. L'application de la théorie de la causalité adéquate réduit l'éventail des responsables potentiels et distend encore un peu plus le lien de causalité entre les salariés et les sociétés tierces en matière de responsabilité délictuelle.

Faut-il le rappeler, les salariés sont les victimes indirectes ou par ricochet. C'est d'abord la société employeur qui subit les conséquences du comportement fautif de la société tierce. En tant que victime indirecte, les salariés doivent démontrer que les décisions préjudiciables de la société tierce « ont concouru à la déconfiture de l'employeur *et* à la disparition des emplois qui en est résultée » (Soc., 24 mai 2018, *Lee Cooper* ; nous soulignons). Leur préjudice de perte d'emploi est autonome de la déconfiture subie par l'employeur. On remarquera d'ailleurs l'utilisation du terme archaïque de « déconfiture » qui permet de ne pas cantonner l'analyse aux sociétés en cessations de paiement et d'englober les sociétés qui invoquent un motif économique. Les salariés doivent donc prouver deux liens de causalité. D'une part, que le comportement illicite de la société tierce à contribuer aux difficultés économiques de l'employeur, à la nécessité de sauvegarder sa compétitivité ou encore à sa cessation d'activité. D'autre part, que cette déconfiture a entraîné la perte de leur emploi ou un autre dommage distinct de la rupture du contrat de travail (préjudice moral ?). En réalité, le second lien de causalité se déduira sans difficulté du premier. La principale difficulté reste de démontrer ce dernier, c'est-à-dire que le comportement de la société tierce a été déterminante dans la déconfiture de l'employeur. La perte de chance aurait pu aider à une telle démonstration.

Lorsqu'on est trop incertain sur l'existence du lien de causalité, on recourt parfois à la notion de perte de chance. Un auteur distingue la « perte de chance positive » qui compense l'incertitude du dommage final de la « perte de chance négative » qui pallie l'incertitude du lien causal entre le fait du défendeur et le dommage final. « Pour pallier cette incertitude causale, va être dégagé un dommage intermédiaire qui lui, est en rapport causal avec le fait du défendeur : la perte de chance d'éviter le dommage définitif » (F. LEDUC, « La perte de chance : rapport de synthèse », *LPA*, 31 octobre 2013, p. 51 cité par S. LAULOM, Avis sous Soc., 27 janvier 2021, n° 18-23.535, spéc. p. 15). Autrement dit, la perte de chance permet de relâcher l'appréciation d'un lien de causalité incertain. Mais l'on sait que la perte de chance d'un retour à l'emploi peut déjà avoir été réparée en droit du travail par les indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il ne reste alors que peu de place pour découvrir d'autres pertes de chance (perte de chance de voir évoluer sa carrière, v. not. Soc., 10 novembre 2009, n° 08-42.114), si ce n'est d'autres « nano-pertes de chance » (en référence à G. LOISEAU, « La responsabilité des tiers du fait des licenciements pour motif économique », *JCP S* 2015, 1278). En définitive, après que l'action en responsabilité délictuelle s'est heurtée au principe de la réparation intégrale, elle bute désormais sur la caractérisation du lien de causalité, si bien que cette voie est de plus en plus impénétrable, à l'image de ce que le coemploi connaît.

L'assimilation partielle de l'obligation de reclassement aux gérants non-salariés de succursale

Note sous Soc., 15 septembre 2021, n° 20-14.064, FS-B, publié au Bulletin et aux Lettres de Chambre

La technique d'assimilation au salariat. Il existe plusieurs techniques pour soumettre une relation de travail au droit du travail. La plus classique est celle où l'intégralité des dispositions du droit du travail sont appliquées, que les parties à la relation de travail l'aient ou non désiré. Dans l'hypothèse où les parties considèrent que leur relation de travail n'est pas dépendante du droit du travail, alors qu'elle l'est en réalité, le juge pourra requalifiera le contrat en cause (contrat de franchise, de participation à un jeu télévisé…) en un contrat de travail, évidemment si les critères en sont réunis. Mais il existe aussi d'autres techniques permettant d'élargir le champ d'application des règles du droit du travail. Ces techniques se situent dans la 7ème partie du Code du travail. Il y a d'abord les « qualifications légales » qui, pour certaines professions, imposent (C. trav., art. L. 7313-1 relatif aux VRP) ou présument (C. trav., arts. L. 7112-1 relatif aux journalistes professionnels, L. 7121-3 relatif aux artistes du spectacle, et L. 7123-3 relatif aux mannequins) la qualification de contrat de travail. Il y a ensuite la technique d'« assimilation aux salariés » pour d'autres catégories professionnelles qui consiste à appliquer une partie seulement des règles du droit du travail à certains travailleurs sans pour autant en faire des salariés (A. JEAMMAUD, « L'assimilation de franchisés aux salariés », *Dr. soc.* 2002, p. 158).

Pour ce qui nous intéresse, cette assimilation concerne les gérants non-salariés de succursales de détail alimentaire. L'article L. 7322-1 du Code du travail précise que les règles du droit du travail qui leur sont pour partie applicables sont celles relatives d'une part à la durée du travail, au repos et aux congés payés (C. trav., 3ème partie, livre 1er) et d'autre part celles relatives à la santé et la sécurité au travail (C. trav., 4ème partie). Par renvoi à l'article L. 7321-3 du Code du travail, le gérant non-salarié de succursale de détail alimentaire bénéficie également des dispositions relatives aux relations individuelles de travail prévues à la 1ère partie du Code du travail, sous réserve de leur compatibilité avec les règles spéciales issues des articles L. 7322-1 à L. 7322-7 du même code. Par exemple, les règles relatives au licenciement en matière d'inaptitude consécutives à une maladie ou un accident non professionnel leur sont applicables (Soc., 15 mai 2007, n° 06-40.872, *Bull.* 2007, n° 78). Parmi ces règles, figure l'obligation de reclassement (Soc., 5 octobre 2016, n° 15-22.730, publié : *Cah. soc.* 2016, p. 541, note J. ICARD). Dans un arrêt publié du 15 septembre 2021 (n° 20-14.064 : *La lettre de la distribution*, octobre 2021, p. 5, note L. BETTONI ; *D. actu*, 13 octobre 2021, note L. MALFETTES ; *JCP S* 2021, 1252, note Th. LAHALLE), la Cour de cassation précise la mise en œuvre de cette obligation de reclassement lorsqu'elle s'applique à ces gérants.

L'espèce. En 2007, deux époux ont conclu avec la société de *Distribution Casino France* (ci-après la société *Casino*) un contrat de gérance non-salarié. En vertu de ce contrat et de contrats successifs, ils ont géré plusieurs succursales à Clamart, à Paris, à Deuil-la Barre puis à Vaux-sur-Seine. Le contrat de gérance de monsieur a été rompu le 20 janvier pour inaptitude ; celui de madame, le 24 juillet 2014 au motif de l'indivisibilité du contrat de gérance. Dans un arrêt du 19 décembre 2019, rendu sur renvoi après cassation (Soc., 11 juillet 2018, n° 17-13.416, inédit), la cour d'appel de Grenoble avait décidé que l'obligation de reclassement vise

tout poste compatible avec les préconisations du médecin du travail, indépendamment du statut salarié ou non salarié, aussi comparable que possible à l'ancien poste et adapté aux capacités de l'intéressé. Or la société *Casino* avait, au titre du reclassement, uniquement proposé un autre poste de gérant non-salarié et non un poste de salarié, le licenciement étant par conséquent dépourvu de cause réelle et sérieuse. Au passage, la presse a fait écho à de nombreux cas où les gérants non-salariés des supérettes *Casino* étaient lourdement endettés, situation les conduisant à un arrêt maladie et potentiellement à la mise en œuvre de l'obligation de reclassement (D. ISRAËL, « Ces gérants de supérettes étranglés par Casino », *Médiapart*, 1er décembre 2020).

Au visa des articles L. 1226-10 et L. 1226-12 du Code du travail, dans leur version applicable au litige et de l'article L. 7322-1 du même code, la Cour de cassation casse et annule le raisonnement des juges du fond pour violation de la loi. Dans un attendu de principe, la Haute juridiction rappelle qu'« il résulte de l'article L. 7322-1 du Code du travail que les dispositions de ce code bénéficiant aux salariés s'appliquent en principe aux gérants non-salariés de succursales de commerce de détail alimentaire et que les dispositions des articles L. 1226-10 et L. 1226-12 leur sont applicables ». Puis, et c'est là l'intérêt de l'arrêt commenté, elle précise que « l'obligation de reclassement en cas d'inaptitude du gérant non-salarié des succursales de commerce de détail alimentaire, s'exécute néanmoins dans le cadre du statut défini par l'article L. 7322-2 du code du travail, de sorte que l'entreprise propriétaire de la succursale n'est pas tenue d'étendre sa recherche aux emplois relevant d'un autre statut ». On précisera que, malgré les récentes modifications législatives à la marge des articles L. 1226-10 et L. 1226-12 du Code du travail, cette solution nous semble être toujours d'actualité.

Une « demie obligation » de reclassement. Par une application combinée des dispositions de droit spécial du travail applicables aux gérants de succursale et des dispositions de droit commun du travail, le gérant non-salarié de succursale bénéficie d'une sorte de « demie obligation » de reclassement, dépendante de son statut. Pour le dire autrement, le propriétaire de la succursale n'a pas à proposer des emplois salariés dans le cadre de son obligation de reclassement, mais uniquement des emplois d'indépendants. Cette assimilation partielle de l'obligation de reclassement au gérant de succursale peut surprendre.

En effet, contrairement au licenciement pour motif économique (C. trav., art. L. 1233-4, al. 3), le reclassement en matière d'inaptitude ne peut pas s'effectuer sur un « emploi de catégorie inférieure ». Pour rappel, l'emploi proposé est « aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que des mutations, aménagements, adaptations ou transformations de postes existants ou aménagement du temps de travail » (C. trav., art. L. 1226-10, al. 3). Autrement dit, l'offre de reclassement est en principe moins précaire en matière de licenciement pour inaptitude comparée à l'offre en matière de licenciement pour motif économique. L'obligation de reclassement pour inaptitude ne permettrait pas de précariser l'emploi d'indépendant de gérant de succursale en proposant un emploi salarié. Ce raisonnement nous semble hasardeux tant il est complexe de comparer deux emplois issus de deux statuts différents. Un emploi d'indépendant est en principe plus précaire qu'un emploi salarié, mais l'inverse peut-être aussi vraie (on pense à certains dirigeants de sociétés).

Risque de requalification indirecte. En réalité, la solution se comprend au regard du statut particulier reconnu par le Code du travail au gérant non-salarié de succursale et le risque de requalification indirecte qui en découle. En effet, si la Cour de cassation avait obligé le propriétaire de succursale à reclasser son gérant dans un emploi salarié, cela aurait été indirectement reconnaître une requalification du statut de gérant non-salarié en un contrat de travail. Cette solution aurait été contraire à la volonté initiale des parties à la relation de travail, qui était de ne pas être soumis à l'entier code du travail mais d'en appliquer uniquement une partie de ses dispositions.

Effectivité de la « demie obligation » de reclassement. Si l'obligation de reclassement reste de mise pour le gérant non-salarié de succursale, on peut se poser la question de son effectivité. En effet, rares sont les emplois indépendants dans les succursales de commerce de détail alimentaire comparables autant que possibles à celui de gérant. Il reste alors la possibilité d'aménager l'emploi de gérant en temps partiel, ce qui nécessitera sûrement le recrutement d'un autre gérant *a minima* à temps partiel lui aussi. Consacrée en principe, l'obligation de reclassement risque d'être ineffective en pratique pour les gérants non-salariés de succursales.