



Avis de Mme Sylvaine Laulom, avocate générale

Arrêt n°140 du 27 janvier 2021 (pourvoi n°18-23.535) - Chambre sociale

Décision attaquée : 21 juin 2018 de la cour d'appel de Paris

M. A... X...

C/

M. B... Y... pris en qualité de mandataire ad hoc de la société General Trailers

Le rétrécissement de la voie du co-emploi, dans le contentieux des licenciements économiques intervenant dans des groupes de sociétés, ou plus largement faisant intervenir des sociétés tiers au contrat de travail, a amené les salariés à s'engager dans des actions en responsabilité délictuelle pour faute à l'encontre du tiers, estimé responsable de la perte de leur emploi. Ces actions se heurtent à de multiples difficultés ou d'obstacles tels l'incompétence du conseil de prud'hommes¹, du fait de l'absence de contrat de travail entre les salariés et la société mise en cause, les contours de la faute susceptible d'entraîner la responsabilité et la caractérisation du lien de causalité entre la faute et le préjudice. C'est ici d'une autre difficulté qu'il est question : celle de l'identification du préjudice réparable dans ce type de contentieux.

L'affaire vous donne l'occasion d'éclaircir cet élément de la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle d'une société tiers, dont il est soutenu qu'elle est responsable de la perte des emplois des salariés. Ceux-ci peuvent-ils demander réparation à un tiers du préjudice lié à la perte d'emploi et à la perte de chance d'un retour à l'emploi optimisé alors qu'ils ont déjà bénéficié et obtenu l'indemnité légale de licenciement et une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ?

1. Faits et Procédure

La société General Trailers France a été acquise par un fonds d'investissement français Apax Partners au moyen d'un leverage buy out (LBO) à l'issue duquel Apax Partners a pris le contrôle de la société via sa filiale Société Européenne Boisière (SEB)².

¹ Soc., 13 juin 2018, pourvoi n°16-25.873 et suivants, à paraître au Bulletin.

² Selon la fiche d'orientation Dalloz sur les LBO (juillet 2019), un LBO désigne une technique de rachat d'une entreprise financée par l'endettement, qui repose sur l'espoir d'une rentabilité financière de l'entreprise supérieure au coût de l'endettement, les bénéfices ainsi réalisés permettant de rembourser l'emprunt. Ainsi, la prise de contrôle est financée

Un contrat daté du 31 août 2000 conclu entre General Trailers France, SEB et Bank of Scotland prévoyait l'octroi à General Trailers France de trois crédits distincts destinés à financer l'acquisition, la dette existante et le fonds de roulement.

Par jugement du 24 novembre 2003, le tribunal de commerce d'Évry a ouvert une procédure de redressement judiciaire à l'égard de General Trailers France, désignant Me Z... en qualité d'administrateur judiciaire et Me Y... en qualité de représentant des créanciers.

Par jugement du 5 avril 2004, ce même tribunal a ordonné plusieurs cessions partielles de la société General Trailers France et a nommé Me Y... et Me Z... commissaires à l'exécution du plan pour l'ensemble des cessions. Le tribunal a également autorisé le licenciement économique de 605 salariés.

essentiellement par des fonds provenant de la société même qui est rachetée, qu'il s'agisse de fonds immédiatement disponibles (trésorerie, par ex.), ou qui sont dégagés par la cession de certains éléments d'actifs (vente, lease-back, etc.), ou comme c'était le cas ici qui proviennent de l'exploitation de l'entreprise. Ces ressources doivent donc servir à rembourser le prêt contracté pour effectuer l'achat. P. Morvan explique ainsi le principe d'un LBO: *“Le LBO consiste à acquérir une société cible par l'intermédiaire d'une société holding, créée pour la circonstance, qui emprunte la majeure partie du prix d'acquisition des titres de sa filiale. L'énorme endettement de la holding actionnaire doit ensuite être résorbé au moyen des dividendes que l'entreprise cible sera capable de lui verser. Si cette dernière est mal gérée et connaît des difficultés, la holding risquera la faillite sous le poids de son endettement; si au contraire, l'entreprise cible prospère, les remontées de dividendes permettront à la holding d'amortir sa dette puis de céder ses titres afin d'encaisser une plus-value. Le LBO produit un triple effet levier (juridique, fiscal et financier). (...). L'objectif purement financier du LBO peut inspirer une inquiétude légitime aux travailleurs... À terme, ce montage fiscal et financier est susceptible d'affecter profondément la situation des salariés de l'entreprise cible”* (P. Morvan, *Les restructurations*, Lexis Nexis, 4^{ème} éd. 2017, § 1316).

Dans une procédure parallèle à celle-ci, les salariés ont saisi le CPH afin de voir annuler leur licenciement. **Par arrêts devenus définitifs en date du 29 janvier et 19 mars 2009, la cour d'appel de Paris** a considéré que les licenciements étaient sans cause réelle et sérieuse dès lors que l'actionnaire de la société General Trailers, la société SEB disposait de moyens financiers conséquents rendant le plan de sauvegarde de l'emploi proposé aux salariés insuffisant alors que la pertinence d'un plan de sauvegarde de l'emploi doit s'apprécier en fonction des moyens dont dispose l'entreprise et le groupe pour faciliter le reclassement des salariés. La cour a relevé également que l'employeur n'avait pas satisfait à son obligation de reclassement interne ni à son obligation de reclassement externe. Des dommages et intérêts ont été alloués aux salariés sur ces fondements.

Par exploit du 6 février 2006, Me Y... et Me Z..., ès-qualités, ont assigné Bank of Scotland devant le tribunal de commerce d'Évry aux fins de la voir condamnée au paiement d'une somme de 180.766.254,91 euros à titre de dommages et intérêts en réparation de l'insuffisance d'actif de la société General Trailers France résultant, selon eux, de crédits ruineux consentis dans le cadre du montage financier ayant conduit à l'acquisition de cette société par Apax Partners.

Par jugement du 21 février 2008, le tribunal de commerce d'Évry s'est déclaré incompetent et a prononcé le renvoi de l'affaire au profit du tribunal de commerce de Paris.

M. A... X... et 73 autres anciens salariés de la société General Trailers France, licenciés le 29 avril 2004, sont intervenus à l'instance devant le tribunal de commerce de Paris pour solliciter réparation de leurs préjudices, causés selon eux par le crédit consenti par Bank of Scotland en août 2000.

Par jugement du 7 avril 2011, le tribunal de commerce de Paris a déclaré irrecevables les intervenants volontaires en leur action et les en a déboutés, et a débouté Me Z... et Me Y... de l'ensemble de leurs demandes.

Par arrêt du 18 juillet 2013, la cour d'appel de Paris a confirmé le jugement attaqué en ce qu'il a déclaré les salariés intervenants volontaires irrecevables en leur action. Elle l'a infirmé pour le surplus et a dit que la responsabilité de Bank of Scotland, qui a accordé des crédits ruineux à la société General Trailers France, est engagée envers la collectivité des créanciers représentée par les mandataires judiciaires, Me Z... et Me Y.... Estimant qu'elle ne trouvait dans les pièces produites par les parties aucun élément lui permettant de chiffrer le préjudice causé par Bank of Scotland, la Cour a rouvert les débats et invité les mandataires judiciaires et Bank of Scotland à conclure sur le préjudice.

Les salariés intervenants volontaires ont formé un pouvoir en cassation à l'encontre de cet arrêt.

Les mandataires judiciaires et Bank of Scotland ont conclu une transaction qui a été homologuée par le tribunal de commerce d'Évry par jugement du 19 mai 2014.

Par arrêt du 2 juin 2015, la chambre commerciale de la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt attaqué, mais seulement en ce qu'il a déclaré irrecevable l'intervention volontaire des salariés, et a renvoyé les parties devant la cour d'appel de Paris autrement composée³.

Les salariés ont demandé à la cour d'appel de les déclarer recevables et bien fondés et en conséquence, de condamner la société Bank of Scotland à verser à chacun une somme à titre de dommages et intérêts en réparation des préjudices liés à la perte d'emploi au sein de la société General Trailers France et à la perte de chance de retrouver à court terme un emploi équivalent.

La cour d'appel de Paris dans son arrêt du 21 juin 2018 a déclaré recevable l'intervention des salariés mais les a déboutés de leurs demandes. Elle a considéré que le préjudice invoqué par les salariés avait déjà été réparé par l'allocation d'indemnités de licenciement et de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Les salariés sont donc mal fondés à demander réparation une seconde fois de ces préjudices.

En substance, comme l'indique le rapport de Mme la Conseillère rapporteure, *“le pourvoi reproche à la cour d'appel d'une part d'avoir méconnu le principe de réparation intégrale du préjudice, d'autre part de ne pas avoir tenu compte de l'existence d'un préjudice distinct de celui réparé par l'indemnité légale de licenciement et l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, à savoir celui causé par la perte de son emploi et la perte de chance d'un retour à l'emploi optimisé découlant de la faute d'un tiers au contrat, la société Bank of Scotland”*.

Il convient donc d'analyser ce qui est précisément réparé par l'indemnité de licenciement (2) et par l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse (3) et enfin ce que nous apprend votre jurisprudence relative à mise en cause de la responsabilité délictuelle d'un tiers au contrat de travail (4).

³ Pourvoi n°13-24.714, Bull. 2015, IV, n°94. G. Loiseau, “La responsabilité des tiers du fait de licenciements pour motif économique”, *JPC S*, 2015.1278. A. Fabre, “Les vices et vertus de la responsabilité pour faute dans les groupes de sociétés”, *CSB* 2016, n°289, p. 473. D. Jacotot, “Intérêt à agir des salariés en responsabilité délictuelle contre le banquier”, *Revue des procédures collectives*, Mars-Avril 2016, n° 73.

2. L'indemnité de licenciement

D'abord prévue par les conventions collectives, l'indemnité de licenciement a été généralisée avec l'ordonnance du 13 juillet 1967. Bien que régulièrement revu à la hausse son montant reste assez faible⁴.

Dès l'origine, la nature juridique de l'indemnité de licenciement a été débattue sans qu'aucune des théories avancées ne permette de concilier parfaitement la nature supposée de cette indemnité et son régime.

Deux théories principales se sont longtemps opposées sur la nature de cette indemnité et plusieurs autres propositions sont aujourd'hui avancées.

Selon la première thèse, l'indemnité de licenciement aurait un fondement rémunérateur et elle s'analyserait comme un complément de salaire correspondant au travail fourni par le salarié pendant ses années de service et dont le paiement seul serait différé pour intervenir lors de la rupture du contrat de travail⁵.

Néanmoins, la jurisprudence a très tôt rejeté la nature salariale de l'indemnité en affirmant que l'indemnité de licenciement *"n'est pas la contrepartie du travail fourni et n'est donc pas un élément de salaire"*⁶. L'indemnité légale n'est donc pas imposable, elle n'est pas soumise à cotisation, la prescription applicable aux salaires ne joue pas en matière d'indemnité de licenciement, elle ne bénéficie pas du super-privilege des salaires. Dans les régimes matrimoniaux, elle fait néanmoins partie, comme les revenus du travail, mais non comme les créances de réparation, de la catégorie des biens communs.

⁴ Au moment des faits, l'indemnité légale de licenciement pour motif économique était de 1/5ème de mois par année d'ancienneté, plus 2/10ème au-delà de 10 ans. La distinction entre les motifs de licenciement a ensuite été abrogée par la loi n°2008-569 du 25 juin 2008. Depuis l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, l'indemnité de licenciement est due aux salariés ayant 8 mois d'ancienneté et depuis le décret n°2017-1368 du 25 septembre 2017, elle est de 1/4 de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années jusqu'à 10 ans et 1/3 de mois de salaire au-delà.

⁵ Voir la présentation par G.H. Camerlynck, *Traité de Droit du travail, Tome 1, Le contrat de travail*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1982, p. 601 et suivantes.

⁶ *Ibid*, p. 609 : Soc. 9 mars 1957, *Dr. soc.* 1957, p. 278; Soc. 22 mai 1986, pourvoi n°83-42.341, Bull. V n°245 (*"Mais attendu que l'indemnité de licenciement ou son équivalent conventionnel n'est pas la contrepartie d'un travail fourni et ne constitue donc pas un salaire; qu'en énonçant que l'indemnité de congédiement prévue par la convention collective susvisée trouvait sa source dans la rupture et non dans l'exécution du contrat de travail, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision"*).

Selon la seconde thèse, l'indemnité de licenciement aurait au contraire une nature réellement indemnitaire, ayant pour fait générateur la rupture du contrat et étant destinée à réparer le préjudice résultant de la perte de l'emploi, même si cette réparation est forfaitaire, puisque déterminée exclusivement en fonction de l'ancienneté⁷. Sans se rattacher nécessairement explicitement à cette thèse il est ainsi souvent affirmé que l'indemnité de licenciement vient réparer le préjudice de la perte de l'emploi par le salarié⁸.

Néanmoins, la nature supposément indemnitaire de l'indemnité de licenciement ne s'accorde pas totalement avec son régime notamment parce que, d'une part, son paiement est détaché de toute faute de l'employeur qui exerce son droit de résiliation du contrat de travail et, d'autre part, du préjudice réel subi par le salarié. Quand bien même on analyserait l'indemnité de licenciement comme appartenant au domaine de la responsabilité sans faute, le montant de l'indemnité, qui dépend uniquement de l'ancienneté et du salaire du salarié, correspond mal, là encore, à ce régime de responsabilité.

Analyser l'indemnité de licenciement comme ayant pour seul objet la perte de l'emploi et donc comme venant indemniser cette perte de l'emploi ne permet pas de comprendre certaines solutions légales et jurisprudentielles dont l'une est des plus courantes du droit du travail : le cumul incontestable et incontesté de l'indemnité de licenciement avec l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse (L.1235-3 du code du travail dans sa version antérieure à l'ordonnance n°2017-1387). Si l'indemnité de licenciement venait simplement et uniquement compenser la perte de l'emploi,

⁷ G.H. Camerlynck, *op.cit.*, G. Couturier, *Droit du Travail. Les Relations individuelles de travail*, PUF, 1990, n°144.

⁸ Voir par exemple, Ch. Radé, *“Lorsque la loi du 13 juillet 1973 a substitué à l'application de la théorie de l'abus de droit, qui résultait de la loi de 1890, la référence à la justification du licenciement par l'existence d'une cause réelle et sérieuse, elle n'a pas véritablement modifié l'analyse de l'objet et de la nature des sommes attribuées au salarié dont le contrat de travail a été indûment rompu, car il s'agit toujours de dommages et intérêts compensant le préjudice résultant des conditions dans lesquelles l'employeur a rompu le contrat, la compensation de la perte de l'emploi en elle-même étant plutôt assurée par l'attribution de l'indemnité de licenciement”* (“Préjudices et indemnisation: à la croisée des disciplines. Heurts et malheurs du principe de réparation intégrale en droit du travail”, *Droit ouvrier*, 2015, p. 441). Sauf que dans les deux cas, c'est bien du même préjudice dont il est question.

comment expliquer que son versement n'ait jamais empêché l'octroi d'autres indemnités qui viennent également réparer cette perte?⁹ Nul ne conteste également que le montant de l'indemnité de licenciement ne permet pas dans la plupart des cas de réparer la totalité du préjudice lié à la perte de l'emploi¹⁰.

D'autres propositions ont été faites pour tenter de cerner la nature de l'indemnité de licenciement. Ainsi, J. Mouly considère l'indemnité de licenciement comme le préjudice lié à la part de richesse de l'entreprise que le salarié a contribué à créer mais dont il serait privé en raison de son licenciement¹¹. Pour J. Icard, *"l'indemnité viserait à réparer la perte du bénéfice économique que le salarié a contribué à faire naître au sein de l'entreprise. C'est donc l'exercice même de l'activité salariée qui donne naissance à ce "préjudice" et non la rupture du contrat. Si préjudice il y a, il est moins lié à la perte d'emploi qu'à l'exercice du salariat lui-même; il ne se réalise en revanche que lors du départ de l'entreprise. Son fait générateur consiste non pas dans la rupture du contrat mais dans l'exercice même de l'activité tandis que son exigibilité trouve sa source dans le départ de l'entreprise"*¹². Si ces théorisations de l'indemnité de licenciement sont intellectuellement séduisantes, elles s'avèrent néanmoins peu opératoires et surtout aucune ne permet entièrement d'expliquer son régime.

⁹ Voir par exemple, M. Keller, *"Comment admettre sans explication que l'indemnité de licenciement se cumule dans l'hypothèse où la cause du licenciement est injustifiée avec l'indemnité de l'article (L.122-14-4) laquelle répare déjà intégralement le préjudice résultant de la perte d'emploi?"* ("La réparation du préjudice né de la perte de l'emploi", *Droit ouvrier*, 1996, p. 264).

¹⁰ Ainsi, selon A. Fabre, *"Il est indéniable que l'indemnité de licenciement vise à réparer ce préjudice particulier qu'est la perte d'emploi. Mais qui peut soutenir sérieusement que cette indemnité répare l'entièreté du préjudice subi par le salarié dès lors que son montant est déterminé exclusivement en fonction de l'ancienneté de ce dernier?"* ("La responsabilité délictuelle pour faute au secours des salariés victimes d'une société tierce. Au-delà des arrêts Safarec du 8 juillet 2014", *Revue de droit du travail*, 2014, p. 672).

¹¹ J. Mouly, "A propos de la nature juridique de l'indemnité de licenciement", *D.* 2008, p. 582.

¹² J. Icard, "Propos hétérodoxes sur l'indemnité de licenciement", *JCP S*, 2014.393.

Il faut admettre qu'aucune des solutions proposées n'est pleinement satisfaisante¹³, certainement parce que la jurisprudence doit composer avec une pluralité d'indemnités et de réparations qui naissent d'un même acte : le licenciement par l'employeur et qui, sur le terrain de la réparation, ont toutes à voir avec la perte de l'emploi¹⁴. La réparation du licenciement variera ainsi selon un ensemble d'éléments : si le licenciement est causé, si le salarié n'a pas commis une faute, si l'obligation de reclassement a été respectée, si les obligations en matière de PSE ont été respectées, si en plus d'être sans cause réelle et sérieuse, le licenciement est discriminatoire, s'il est attentatoire à une liberté fondamentale. Le statut du salarié peut également entrer en ligne de compte, selon qu'il est représentant du personnel, accidenté du travail, s'il s'agit d'une salariée enceinte, etc. Sans oublier que l'indemnisation intervient alors même que la socialisation du risque de la perte d'emploi pour le salarié est intervenue et que le salarié pourra bénéficier de l'assurance chômage et de revenus de remplacement. Les qualifications jurisprudentielles retenues sont adaptées aux contentieux spécifiques qu'elles ont à traiter. C'est ainsi que l'affirmation du caractère indemnitaire de l'indemnité de licenciement a surtout servi à écarter l'application du régime salarial, comme par exemple, l'absence de soumission aux cotisations sociales. À ce titre, c'est peut-être la 2^{ème} chambre civile qui a le mieux caractérisé cette indemnité en considérant que *"l'indemnité de licenciement est la contrepartie du droit de résiliation unilatérale de l'employeur; que c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé qu'elle avait pour cause la rupture du contrat de travail et qu'elle n'avait pas à être prise en compte pour évaluer la perte des gains professionnels de la victime"*¹⁵.

¹³ C. Wolmark, "Réparer la perte d'emploi. À propos des indemnités de licenciement", *Droit ouvrier* 2015, p. 450.

¹⁴ Ainsi que le note M. Keller, *"ainsi le droit du travail a-t-il élaboré un système complexe de réparation d'un préjudice qu'il ne définit pas... L'ordre logique des questions aurait dû être le suivant : quelles sont la nature et l'étendue du préjudice causé par le licenciement par cette "privation involontaire d'emploi"? Comment, par qui, et sous quelle forme ce préjudice est-il réparé"? Le droit français, qui passe pourtant pour logique a procédé à l'inverse: la création de régimes de réparation a eu lieu sans que soi(ent) précisé(s) le (ou les) préjudice(s) à réparer"*, ("La réparation du préjudice né de la perte de l'emploi", *Droit ouvrier*, 1996, p. 264; voir également de la même auteure, "Les principes du droit civil de la réparation de l'entier préjudice appliqué aux rapports de travail", *Droit ouvrier*, 2011, p. 234).

¹⁵ En l'espèce, un salarié était, du fait de l'accident, devenu médicalement inapte à la poursuite de son travail. Licencié, il avait perçu l'indemnité légalement prévue en ce cas. L'auteur de l'accident estimait que l'on devait tenir compte de cette somme dans le calcul du préjudice correspondant à la perte de gains professionnels subie par la victime. Autrement dit, il estimait que l'indemnité compensait déjà pour partie le préjudice professionnel. 2^{ème} civ. 11 octobre 2007, pourvoi n°06-14.611, Bull. 2007 II, n° 228. Voir les obs. de Ph. Stoffel-Munck, *JCP*, 2008, I, 125. Voir également, 2e Civ., 7 avril 2011, pourvoi n° 10-30.566, Bull. 2011, II, n° 82.

La question est moins d'indemniser un préjudice que de fixer le prix de l'exercice d'une liberté octroyée à l'employeur, prix qui s'élève au fur et à mesure que le salarié acquiert de l'ancienneté dans l'entreprise et qui s'éloigne ainsi de l'idée de compensation d'un préjudice.

Au final, si l'on peut admettre que l'indemnité de licenciement a quelque chose à voir avec la perte de l'emploi, son régime ne permet certainement pas de dire qu'elle vient compenser ce préjudice ou tout du moins la totalité de ce préjudice.

3. L'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse

Jusqu'à la réforme opérée par l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, le régime des sanctions des licenciements sans cause réelle et sérieuse était resté très stable. Le juge pouvait proposer la réintégration du salarié et, si l'une ou l'autre des parties la refusait, le salarié licencié avait droit, dès lors qu'il avait au moins deux ans d'ancienneté dans l'entreprise et était salarié d'une entreprise occupant au moins 11 salariés, à une indemnité égale au montant du préjudice subi et ne pouvant être inférieure à six mois de salaire¹⁶. Pour les autres salariés, l'indemnité était égale au montant du préjudice subi, sans qu'un plancher soit défini. Le cumul de cette indemnité avec l'indemnité légale est de droit (ancien article L. 1235-3 du code du travail). Le principe était donc celui de la réparation intégrale du préjudice lié à la perte d'emploi injustifiée. Il est communément admis que cette sanction a un caractère à la fois réparateur et punitif¹⁷ auquel on peut rajouter un élément de dissuasion¹⁸.

La jurisprudence, comme la doctrine, s'intéresse en définitive assez peu, au préjudice indemnisé par cette indemnité. Il est certes communément admis que l'indemnité doit réparer le préjudice subi du fait de la perte d'emploi injustifiée. Néanmoins, la réflexion n'est pas si développée sur ce que recouvre réellement ce préjudice de perte d'emploi et sur comment concevoir et calculer ce préjudice.

¹⁶ Ancien article L. 1235-3 et suivants du code du travail et avant 2008 article L.122-14-4 et L.122-14-5 du code du travail.

¹⁷ C. Wolmark, "Réparer la perte d'emploi. À propos des indemnités de licenciement", *Droit ouvrier*, 2015, p. 805.

¹⁸ G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 2019, p. 584.

De manière générale, le préjudice demeurerait ainsi “comme un point aveugle de l’analyse travailliste”¹⁹. Plusieurs raisons pourraient expliquer cette situation. Concernant l’indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse, l’existence d’un plancher de réparation de 6 mois de salaire, indépendant du préjudice réellement subi, a souvent évité de s’interroger sur le calcul de ce préjudice. Le fait que l’évaluation des dommages-intérêts soit de la responsabilité des juges du fond dans leur montant et dans leur objet peut être un autre facteur explicatif²⁰. Ainsi que le souligne M. Keller, “*la multiplicité des différents éléments du dommage résultant du licenciement sans cause réelle et sérieuse n’est pas toujours clairement soulignée ni a fortiori identifiée*”²¹. Comme nous l’avons précédemment indiqué un autre facteur de confusion tient à la multiplication en droit du travail, et au-delà de la seule indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse, de réparations et de sanctions différentes qui naissent d’un même acte: le licenciement par l’employeur.

Pour autant, l’indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse, au-delà du plancher, a bien pour objet d’indemniser la totalité du préjudice subi par le salarié du fait de la perte de son emploi. Le critère de l’évaluation doit donc être la perte générée par le départ de l’entreprise. Le dommage est donc économique: celui de la perte faite et de la privation d’un gain, il peut également englober un dommage moral²². Avant l’adoption du barème, les critères communément utilisés pour définir le montant de l’indemnité étaient :l’âge, la situation professionnelle du salarié, sa situation professionnelle, son employabilité au regard de sa qualification et du bassin d’emploi²³.

En l’espèce, la cour d’appel a retenu que “*par arrêts devenus définitifs en date du 29 janvier et 19 mars 2009, la cour d’appel de Paris a considéré que les licenciements étaient sans cause réelle et sérieuse dès lors que l’actionnaire de la société General Trailers, la société SEB, disposait de moyens financiers conséquents rendant le plan de sauvegarde de l’emploi proposé aux salariés insuffisant alors que la pertinence du plan de sauvegarde de l’emploi doit s’apprécier en fonction des moyens dont dispose*

¹⁹ Th. Pasquier, “Le préjudice à la croisée des chemins”, *Revue de droit du travail*, 2015, p. 741.

²⁰ C. Wolmark, *op.cit.*

²¹ M. Keller, “La réparation du préjudice né de la perte de l’emploi”, *Droit ouvrier*, 1996, p. 264.

²² Voir C. Wolmark et M. Keller, *op.cit.*

²³ Voir [Rapport au GIP Justice, sous la direction de S. Gerry-Vernières, La barémisation de la justice, novembre 2019 et plus particulièrement le chapitre 1, “Barémisation et droit social”](#).

l'entreprise et le groupe pour faciliter le reclassement des salariés. La cour a relevé également que l'employeur n'avait pas satisfait à son obligation de reclassement interne ni à son obligation de reclassement externe. Des dommages et intérêts ont été alloués aux salariés sur ces fondements”.

Nous étions donc dans l'hypothèse où, si les salariés ne pouvaient invoquer la nullité de leur licenciement, leur entreprise étant en liquidation judiciaire, ils pouvaient invoquer la sanction attachée aux licenciements sans cause réelle et sérieuse, à savoir une indemnité minimale de six mois de salaire, à l'exception de ceux ayant une ancienneté inférieure à deux ans.

Il faut donc admettre que leur préjudice lié à la perte de l'emploi a bien été entièrement réparé par cette indemnisation (et non par l'indemnité de licenciement). L'instauration du barème d'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse par l'ordonnance n°2017-1387 ne permettra pas de parvenir à la même conclusion, dans la mesure où la réparation accordée sera limitée par l'instauration de plafonds. Les salariés pourront alors se prévaloir de ce préjudice de perte d'emploi s'ils démontrent que leur préjudice est supérieur à celui indemnisé et s'ils démontrent également de l'existence d'un lien de causalité entre la faute de la société tiers et ce préjudice²⁴. L'existence des plafonds de l'AGS peut également venir limiter l'indemnisation des salariés qui pourront alors aussi se prévaloir de la part du préjudice de perte de l'emploi non indemnisé.

À l'exception de ces deux hypothèses, le préjudice de la perte de l'emploi doit être considéré comme entièrement réparé par l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Cependant, vous avez admis que l'indemnisation de la perte de l'emploi n'épuise pas le droit à indemnisation du salarié qui peut prétendre à une indemnisation d'un préjudice distinct. Ainsi la chambre sociale a-t-elle admis l'indemnisation du préjudice résultant de procédés vexatoires dans la mise en œuvre ou dans les circonstances du licenciement²⁵. Elle a également retenu l'existence d'un préjudice distinct dans une affaire où la détérioration de l'état de santé du salarié était imputable au comportement fautif de l'employeur²⁶. Dans ces arrêts, une faute de l'employeur dans les circonstances entourant le licenciement était à l'origine de ce préjudice distinct de celui de la perte d'emploi.

²⁴ En l'espèce, il est ainsi loin d'être certain que le lien de causalité entre la faute de la banque et la perte de l'emploi des salariés puisse être établi.

²⁵ Voir par exemple, Soc., 19 juillet 2000, pourvoi n° 98-44.025, Bull. civ. 2000, V, n° 306.

²⁶ Soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 08-44.977, Bull. civ. 2011, V, n° 55.

La Cour de cassation a également retenu le principe de l'indemnisation de la perte d'une chance, celle de lever les options dont le salarié était bénéficiaire, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse²⁷.

La question qui se pose alors est celle de savoir s'il est possible d'identifier un préjudice distinct de celui de la perte d'emploi qui, lui, a déjà été réparé.

4. La mise en jeu de la responsabilité délictuelle d'une société tiers au contrat de travail

"Le coemploi est mort, vive la responsabilité délictuelle"²⁸. Le titre d'un des commentaires de vos arrêts de juillet 2014 a connu un succès certain. Si l'on peut trouver des exemples anciens d'action en responsabilité civile délictuelle par les salariés à l'égard d'une société tierce²⁹, ces actions ont connu un regain d'actualité et d'intérêt avec le durcissement des conditions de reconnaissance de la qualité de co-employeur. Plusieurs arrêts récents, largement publiés et commentés, ont ainsi admis de reconnaître la responsabilité d'une société dominante à l'égard de salariés³⁰. Il faut alors que les conditions de mise en œuvre de la responsabilité soient remplies. Pour l'instant, les arrêts rendus se sont essentiellement concentrés sur la notion de faute

²⁷ Soc., 29 septembre 2004, pourvoi n° 02-40.027, Bull. 2004, V, n° 234. Voir encore la perte d'une chance de percevoir les gains liés à la vente et à l'exploitation d'œuvres musicales, dans une hypothèse de rupture anticipée de CDD, Soc. 3 juillet 2019, pourvoi n° 18-12.306, en cours de publication.

²⁸ G. Loiseau, *JCP*, S, 2014.1311.

²⁹ Soc. 3 avril 1990, pourvoi n° 87-44.904, inédit.

³⁰ Soc. 2 juillet 2014, pourvoi n°13-15.208 et suivants, Bull. V, n°159 (arrêt Molex où la Cour se prononce sur le co-emploi) et Soc. 8 juillet 2014, pourvoi n°13-15.470, Bull. V n° 179 et pourvoi n°13-15.573, Bull. V , n° 180 (arrêts Sofarec, où la Cour est saisie d'action en responsabilité délictuelle de la société mère sans que les salariés licenciés par la filiale n'aient plaidé l'existence d'une situation de co-emploi). Voir également les arrêts du 24 mai 2018, pourvois n° 16-22.881 et suivants (Lee Cooper), pourvois n° 16-18.621 et suivants (Funkwerk) et pourvois 17-15630 et suivants (Métaleurope), en cours de publication; Soc. 13 juin 2018, pourvois n°16-25.873 et suivants (Platinum Equity Advisors), en cours de publication.

de nature à engager la responsabilité de la société tierce³¹, mais un certain nombre de commentateurs ont souligné que la question des préjudices réparables se pose. C'est le cas notamment à la suite de la décision de la chambre commerciale du 2 juin 2015³², dont l'arrêt de la Cour d'appel qui vous est soumis constitue la suite. L'arrêt admet la recevabilité de l'action des salariés, dans la mesure où cette action ne relève pas du monopole du commissaire à l'exécution du plan, les salariés souffrant d'un préjudice distinct de celui causé aux créanciers.

De manière plus générale, la plupart des commentateurs des arrêts rendus s'interroge sur le préjudice qui pourrait être réparé dans la mesure où le préjudice de la perte d'emploi a déjà été réparé³³. Et si l'on identifie un préjudice qui n'a pas été réparé, encore faut-il que ce chef de préjudice, *“non réparé à l'occasion du règlement des effets du licenciement pour motif économique puisse être rattaché à la faute de la société tiers, ici de l'établissement de crédit ayant participé, même si elle n'en est pas la cause exclusive, à la succession de circonstances ayant abouti aux ruptures de contrats* ³⁴.

Parmi les préjudices qui pourraient être réparés, distincts de celui de la perte d'emploi, les commentateurs évoquent notamment deux préjudices : celui de la perte de chance des salariés de conserver leur emploi ou celui de la perte d'une chance d'avoir pu bénéficier d'un PSE suffisant (ce qui peut englober la perte de chance d'un retour à l'emploi optimisé, qui était soutenue par le pourvoi, ou encore la perte de chance de reclassement). Ces propositions peuvent s'appuyer sur des arrêts de votre chambre qui ont pu reconnaître, dans des contextes spécifiques, l'indemnisation du préjudice spécifique de la perte de chance de conserver un emploi³⁵.

³¹ Voir A. Fabre, “La responsabilité délictuelle pour faute au secours des salariés victimes d'une société tierce”, *Revue de droit du travail*, 2014, p. 672. Et sur la notion de faute, A. Fabre, “De la faute retrouvée dans la contestation des suppressions d'emplois”, *Revue de droit du travail*, 2018, p. 570.

³² Pourvoi n°13-24.714, Bull. 2015, IV, n°94. G. Loiseau, “La responsabilité des tiers du fait de licenciements pour motif économique”, *JPC S*, 2015.1278. A. Fabre, “Les vices et vertus de la responsabilité pour faute dans les groupes de sociétés”, *CSB* 2016, n°289, p. 473. D. Jacotot, “Intérêt à agir des salariés en responsabilité délictuelle contre le banquier”, *Revue des procédures collectives*, Mars-Avril 2016, n° 73.

³³ A. Fabre, “De la faute retrouvée dans la contestation des suppressions d'emplois”, *Revue de droit du travail*, 2018, p. 570. J. Grangé, F. Aubonnet, F. Terroux-Sfar, “Responsabilité civile, alternative au co-emploi: l'étau se resserre”, *JCP, E*, 2018.1434. E. Schlumberger, “La responsabilité délictuelle de l'entité dominante du groupe à l'égard de ses salariés licenciés”, *BJS* mars 2019, n° 119, p. 46. Y. Pagnerre, “Une mère indigne”, *JCP S*, 2018.1252.

³⁴ G. Loiseau, “La responsabilité des tiers du fait de licenciements pour motif économique”, *JPC S*, 2015.1278.

³⁵ Soc., 6 mai 1998, pourvoi n° 95-45.464, Bull. 1998 V, n°231, ou encore l'arrêt Lee Copper, voir infra.

Dans cette perspective, un préjudice pourrait être effectivement identifié : celui de la perte de chance des salariés de conserver leur emploi.

La perte d'une chance consiste en une probabilité perdue par la victime de voir se réaliser un événement favorable. Ainsi, *“la perte d'une chance n'est un préjudice réparable qu'autant qu'elle revêt un caractère de certitude: on a donc bien affaire en principe à un chef de préjudice spécifique, lui-même soumis à cette condition; c'est dire que le fait imputé au défendeur, s'il n'a par hypothèse fait disparaître qu'une probabilité, n'en doit pas moins l'avoir oblitérée de manière certaine. Où l'on voit que la perte d'une chance ne constitue en rien théoriquement, un gauchissement de l'exigence de certitude du préjudice, et qu'elle n'a pas davantage vocation à servir de “demi-mesure” en cas de doute sur le lien de causalité entre le fait imputé au défendeur et le préjudice invoqué par le demandeur. Quant à la probabilité de voir se réaliser l'événement favorable dont le fait imputé au défendeur a privé la victime, elle doit elle-même être suffisamment forte en principe pour que celle-ci puisse se voir accorder réparation”*³⁶.

F. Leduc, dans son rapport de synthèse d'un colloque relatif à la perte de chance³⁷, cerne les éléments stables de la jurisprudence sur la perte de chance : *“Première donnée : il est acquis, en droit positif, que la chance perdue indemnisable peut indifféremment être celle d'obtenir un avantage (ce que j'appellerai la perte de chance positive) ou celle d'éviter un désavantage (ce que j'appellerai la perte de chance négative). Seconde donnée: la perte de chance ne se conçoit pas indépendamment de la réalisation d'un préjudice final: l'avantage escompté n'a définitivement pas été obtenu; le désavantage redouté s'est irrémédiablement réalisé. Le problème de la réparation de la perte de chance ne va se poser que pour autant que ce préjudice final ne peut pas être indemnisé. On va alors dégager un préjudice intermédiaire, la perte de chance, qui, lui, va pouvoir être réparé. M. Sintez a, au demeurant, largement insisté sur cette idée que la perte de chance représente, par nature, un événement intermédiaire intercalé entre le fait du défendeur et le dommage final. Reste à déterminer pourquoi le dommage final ne peut pas être indemnisé.*

³⁶ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Lexis Nexis, 5^{ème} éd. 2018, p. 125 et suivantes.

³⁷ Le colloque est publié aux Petites Affiches, 31 oct. 2013.

Le fait générateur de responsabilité étant tenu pour acquis, il n'y a que deux réponses possibles: parce que le préjudice final ne constitue pas un préjudice certain ou parce qu'il n'est pas en relation causale avec le fait du défendeur. En d'autres termes, la perte de chance peut servir à pallier soit l'incertitude du dommage final soit l'incertitude du lien causal entre le fait du défendeur et le dommage final. En croisant les deux données que je viens d'évoquer, je poserai l'hypothèse suivante: la perte de chance positive sert à pallier l'incertitude du dommage final; la perte de chance négative sert à pallier l'incertitude du lien causal entre le fait du défendeur et le dommage final".

"Dans cette dernière hypothèse, le processus aléatoire est allé jusqu'à son terme et s'est avéré dommageable: un détriment est infligé à la victime. Il s'agit d'une perte subie au sens large, dont la certitude n'est pas contestée. Contrairement à la situation précédente, le dommage final est ici un dommage qui, en soi, présente tous les caractères requis pour être juridiquement réparable. Néanmoins, ce dommage final certain ne peut pas être indemnisé parce que sa relation causale avec le fait du défendeur n'est pas établie. Pour pallier cette incertitude causale, va être dégagé un dommage intermédiaire qui lui, est en rapport causal avec le fait du défendeur: la perte d'une chance d'éviter le dommage définitif. Sans le fait du défendeur, une mesure, une décision aurait pu être prise qui aurait peut-être eu pour effet d'éviter en tout ou partie le dommage final. C'est de cette chance d'éviter le dommage final que la victime a, de façon certaine, été privée par la faute du défendeur". Il faut que la possibilité d'éviter le dommage présente une occurrence objectivement envisageable au regard des circonstances actuelles de la cause, et pas simplement une virtualité purement théorique, un espoir purement subjectif".

Enfin, dans la mesure où la réalisation d'une chance n'est jamais certaine, la réparation octroyée à la victime ne peut jamais égaler le montant du gain espéré de même que la chance perdue d'éviter un dommage ne peut équivaloir au préjudice finalement subi. Ainsi, *"la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée (Civ. 1^{er} 9 avril 2002, n°00-13.314, Bull. I n°116; Soc. 18 mai 2011, n°09-42.741, Bull. V, n° 119)".*

En l'espèce, la faute de la banque est établie (cour d'appel de Paris, 18 juillet 2013). La cour d'appel indique ainsi: *"elle [la banque] ne pouvait qu'avoir connaissance et la conscience que l'importance des crédits et leur coût excessif rendaient inéluctable l'effondrement de la société qui ne pouvait se redresser; qu'en l'espèce l'opération était non seulement risquée mais inexorablement vouée à l'échec, compte tenu des capacités de remboursement de la société General Trailers France qui ne lui permettaient pas d'assumer la dette et d'affronter le retournement du marché; qu'il est certain que des causes étrangères à l'intervention de la Bank of Scotland expliquent les difficultés rencontrées par la société General Trailers France mais qu'il est manifeste que le poids de la date d'acquisition des titres, qui était étranger à l'intérêt*

social, et la perte de toute flexibilité financière qu'elle a entraînée, l'ont empêchée de résister et de se redresser, ce qu'elle aurait pu faire, étant initialement une structure rentable, faiblement endettée et bénéficiant de réserves substantielles; Considérant que la faute de la Bank of Scotland est établie; que le préjudice causé par l'octroi de crédits ruineux est constitué par l'aggravation de l'insuffisance d'actif entre la date à laquelle les concours ont été consentis et la date de l'ouverture de la procédure collective".

Il est donc établi que la faute de la banque a contribué à la déconfiture de la société et de sa liquidation. La responsabilité des licenciements repose sur l'employeur de même que l'établissement du plan de sauvegarde de l'emploi. Il n'en demeure pas moins que sans cette liquidation à laquelle il est établi que la banque a contribué, les salariés n'auraient pas perdu leur emploi dans ces circonstances. La perte de chance de conserver leur emploi est donc ainsi caractérisée.

La frontière entre le préjudice de perte d'emploi et la perte d'une chance de le conserver peut apparaître mince. Lorsque les salariés ont obtenu l'indemnisation de leur licenciement sans cause réelle et sérieuse, y-a-t-il encore la place pour une indemnisation du préjudice de la perte de chance de conserver leur emploi? Vous avez ainsi cassé une décision de cour d'appel en considérant *"qu'en statuant comme elle l'a fait, en retenant la perte de chance de préserver un emploi et d'être reclassé, alors qu'elle réparait dans le même temps les conséquences de la survenance de la perte injustifiée d'emploi par l'allocation de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, la cour d'appel a violé le texte susvisé (article 1147 du code civil, en sa rédaction applicable en la cause)"*³⁸.

Il n'en demeure pas moins que les deux préjudices ne se recourent pas³⁹. Alors que la réparation du préjudice de perte de l'emploi vise à réparer les conséquences de la rupture (en prenant souvent en compte l'employabilité du salarié, en tenant compte de son âge, de sa qualification, et sa situation personnelle), on pourrait dire que le préjudice de la perte de chance de conserver son emploi tiendra plutôt compte de ce dont le salarié aurait pu bénéficier s'il était resté dans l'entreprise. La perte de chance de conserver son emploi doit également s'apprécier au regard de l'entreprise en cause. Il ne s'agit pas de réparer le préjudice de la perte de chance de conserver un emploi

³⁸ Soc., 24 mai 2018, pourvoi n° 16-18.307, et suivants.

³⁹ Ainsi, dans le domaine de la responsabilité médicale, il est admis que deux responsables peuvent causer des dommages juridiquement distincts: le dommage corporel d'une part et la perte de chance de l'éviter de l'autre (M. Bacache, "La réparation de la perte de chance : quelles limites?", *D.* 2013, p. 619).

en général, mais de la perte de chance de conserver cet emploi précisément dans cette entreprise. Cela peut ainsi renvoyer par exemple, à la perte de chance d'avoir une stabilité professionnelle, de faire une carrière dans l'entreprise, d'avoir des revenus réguliers, etc. Selon le contexte, le préjudice de la perte de chance de conserver son emploi peut également permettre de prendre en compte le fait que le licenciement a été considéré comme ayant une cause réelle et sérieuse. En l'espèce, si l'insuffisance du PSE avait été reconnue dans une entreprise en bonis, les salariés auraient eu un droit à être réintégré dans l'entreprise et c'est parce que l'entreprise se trouvait en liquidation qu'ils n'ont pu bénéficier de ce droit et ont bénéficié d'une indemnisation équivalente à celle d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Si aucun salarié ne peut prétendre à conserver son emploi indéfiniment, ses chances de le conserver sont d'autant plus grandes que la santé financière et économique de l'entreprise est grande, y compris pour faire jouer le droit à réintégration lorsqu'il est reconnu. L'indemnisation du préjudice de la perte de chance de conserver leur emploi est donc bien distincte de l'indemnisation de la perte d'emploi injustifiée.

Les salariés ont ici demandé la réparation des préjudices constitués par la perte de leur emploi et par la perte de chance d'un retour à l'emploi optimisé. Comme nous l'avons indiqué, le préjudice constitué par la perte de leur emploi a déjà été effectivement réparé. Concernant la perte de chance d'un retour à l'emploi optimisé, l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi a été reconnue et c'est précisément ce qui a été sanctionné. Néanmoins, comme nous l'avons indiqué, la situation de l'entreprise, due à la faute de la banque, n'a pas permis aux salariés de faire jouer leur droit à réintégration. On peut donc admettre l'existence de ce préjudice que l'on peut qualifier également de perte de chance de conserver cet emploi, et qui doit pouvoir être réparé.

La chambre sociale ne s'est pas prononcée directement sur ce point, mais il faut noter que dans l'arrêt Lee Cooper⁴⁰, elle a confirmé que les salariés d'une société filiale pouvaient engager une action en responsabilité extracontractuelle à l'encontre de la société considérée comme tête de groupe ayant "par sa faute concouru à la déconfiture de l'employeur et à la disparition des emplois qui en est résulté". La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir condamné la société à verser aux salariés des dommages et intérêts au titre de la perte de leur emploi⁴¹.

⁴⁰ Soc. 24 mai 2018, pourvois n° 16-22.881 et suivants (Lee Cooper), publication en cours.

⁴¹ Voir le commentaire J. Grangé, F. Aubonnet, F. Terroux-Sfar, : "La société avait pourtant souligné que l'actionnaire principal d'un groupe dont la responsabilité extra-contractuelle est engagée vis-à-vis des salariés ne peut être condamné qu'à réparer le préjudice directement causé par sa faute à ces salariés. Elle observait que cette faute ne pouvait priver les licenciements de cause réelle et sérieuse, et par conséquent, justifier la condamnation de ce tiers à réparer la perte injustifiée de l'emploi. Elle le contestait d'autant plus qu'en l'espèce, les licenciements étaient jugés sans cause réelle et sérieuse du fait de l'insuffisance des recherches de reclassement et plus généralement de l'insuffisance du plan" ("Responsabilité civile, alternative au co-emploi: l'étau se resserre!", *JCP E*, 2018. 1434).

Comme il est de principe la réparation sera nécessairement inférieure à l'avantage que la victime escomptait retirer de l'événement en question. Comme l'indique Mme la conseillère rapporteure, "pour déterminer le montant de l'indemnité, la Cour de cassation donne une forme de mode d'emploi: la réparation *"ne saurait présenter un caractère forfaitaire [et] cette indemnité [...] doit correspondre à une fraction des différents chefs de préjudice supportés par la victime; [il appartient], dès lors, à la cour d'appel, d'une part, d'évaluer les différents chefs de préjudice invoqués [...], d'autre part, d'apprécier à quelle fraction de ces préjudices devait être évaluée la perte de chance indemnisée"* (1^{er} Civ., 18 juillet 2000, n°98-20.430, Bull., I, n°224; 1^{er} Civ., 8 fév. 2017, pourvoi n°15-21.528, Bull. 2017, I, n°38). Enfin, les juges du fond apprécient souverainement tant l'existence du préjudice que son montant (Assemblée plénière, 26 mars 1999, Bull AP n° 3, pourvoi n°95-20640; Ch. Mixte, 6 septembre 2002, Bull. Mixte n°4, n°98-22981; Soc. 30 juin, n°08-43619; Soc. 22 mars 2012, n°10-12808; Soc. 27 fév. 2013, n°1127834).

Quel pourrait être l'impact de la reconnaissance de ce chef de préjudice qu'est la perte de chance de conserver son emploi, dans le contexte de la mise en jeu de la responsabilité extracontractuelle d'une société tiers au contrat?

Commentant la décision de la chambre commerciale du 2 juin 2015, G. Loiseau s'inquiétait: *"Cela soulève, en profondeur, une question: la législation organisant le licenciement prévoyant l'octroi d'une indemnité à la charge de l'employeur pour compenser la perte d'emploi, quelle place peut ou doit prendre une action en responsabilité civile contre des tiers ayant contribué par leur faute aux ruptures de contrats? À la considérer pour son utilité ou du point de vue de la justice sociale, c'est-à-dire à la faveur des salariés pour lesquels la responsabilité peut être une source d'indemnités supplémentaires mises à la charge du tiers fautif, il ne faut pas dissimuler le risque, non maîtrisable car nul ne peut en évaluer aujourd'hui la mesure, de multiplier les débiteurs d'indemnités quand le préjudice réparable, fondamentalement, est la perte d'emploi. Le risque est de favoriser, pour justifier des condamnations, la découverte de préjudices annexes, périphériques, fussent-ce de nano-préjudices, pour donner à la responsabilité pour faute du tiers une issue indemnitaire. Outre les inévitables effets collatéraux de telles condamnations sur les politiques de crédit des banques, déjà peu enclines à soutenir les entreprises en difficulté, ce sont les mécanismes indemnitaires du droit du licenciement qui sont mis à mal par un système parallèle d'indemnisation sur le terrain de la responsabilité délictuelle.*

*Les dérèglements peuvent être multiples: action en réparation de salariés contre le tiers fautif pour le préjudice non réparé par l'indemnité forfaitaire de licenciement; recours de l'entreprise ayant indemnisé les salariés licenciés contre son bailleur de fonds ayant contribué par sa faute à sa cessation des paiements*⁴².

Nous ne partageons pas cette analyse pour deux raisons principales liées et qui tiennent aux conditions de la mise en jeu de la responsabilité délictuelle. L'ensemble des commentateurs de vos décisions ont souligné avec des expressions plus ou moins imagées, la porte étroite que constitue cette action. Ainsi selon G. Auzero, l'alternative au co-emploi que peut constituer l'action en responsabilité civile délictuelle contre la société mère, n'est pas "une voie royale" ouverte aux salariés désireux de faire sanctionner le véritable responsable des difficultés de leur employeur". Il conclut son analyse ainsi: "*tout ceci confirme que la voie menant à la responsabilité civile de la société dominante du groupe n'est pas dénuée d'embûches*"⁴³. En d'autres termes, la mise en jeu de la responsabilité délictuelle d'une société tiers, qu'il s'agisse d'une société mère, dominante ou autre comme c'est ici le cas, suppose que les conditions d'une telle responsabilité soient réunies. La faute, le préjudice et le lien de causalité ne seront caractérisés que dans des circonstances spécifiques que vous avez commencé à préciser. L'action en responsabilité délictuelle permet ainsi de faire condamner des pratiques tout à fait anormales au sein des groupes de sociétés ou entre sociétés⁴⁴ et ce sont ces pratiques anormales, fautives, qui tendent à disparaître derrière l'écran de la personnalité juridique des sociétés ou des montages financiers, que l'action en responsabilité civile délictuelle permet de saisir et de sanctionner.

Concernant le risque que ferait peser l'admission de ces préjudices sur les politiques de crédit des banques, il reste très limité. D'une part, parce que nous l'avons dit les conditions d'engagement de la responsabilité délictuelle sont strictes et qu'il s'agit d'indemniser des préjudices causés par des pratiques pour le moins anormales des banques. D'autre part, depuis la loi 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, l'article L.650-1, al. 1 du code de commerce restreint fortement la possibilité, en cas de procédure collective, d'engager la responsabilité d'un établissement de crédit pour soutien abusif, afin précisément de "lever un obstacle à

⁴² G. Loiseau, "La responsabilité des tiers du fait de licenciements pour motif économique", *JPC S*, 2015.1278.

⁴³ G. Auzero, "A qui la faute?", *Semaine Sociale Lamy*, 2018, n°1820. Voir également, E. Mouila-Bassilana, "Responsabilité délictuelle de l'actionnaire principal du groupe envers les salariés licenciés dans l'affaire Lee Cooper", *BJS*, sept. 2018, n°118, p. 522 ; E. Schlumberger, "La responsabilité délictuelle de l'entité dominante du groupe à l'égard de ses salariés licenciés", *BJS* mars 2019, n° 119, p. 46.

⁴⁴ G. Auzero, *op.cit.*

l'octroi des apports financiers nécessaires à la pérennité des entreprises en difficulté⁴⁵. L'article L.650-1, al. 1 du code de commerce pose, en effet, le principe de non-responsabilité de l'établissement de crédit, sauf exceptions. *“Le mécanisme qu'il met en place fonctionne, selon la jurisprudence, en deux temps. Dans un premier, le demandeur doit établir l'existence d'un des trois cas dans lesquels l'immunité du créancier cesse (fraude, immixtion caractérisée ou disproportion des garanties), mais cela ne suffit pas. Cet obstacle franchi, le demandeur doit encore établir que les concours litigieux étaient en eux-mêmes fautifs, par exemple, parce qu'il s'agissait de crédit ruineux ou consentis à une entreprise dont la situation était déjà irrémédiablement compromise. C'est la position affirmée depuis un arrêt de principe de la chambre commerciale de la Cour de cassation (Cass. com. 27-3-2012 n° 10-20.077 FS-PBRI) et constamment reconduite depuis (voir récemment, Cass. com. 4-5-2017 n° 15-18.259 F-D ; Cass. com. 18-5-2017 n° 15-25.914 F-D, sol. impl.)”*. *“Les conditions de la responsabilité étant ainsi cumulatives, l'absence de l'une d'elles - que le demandeur ne parvienne pas à établir l'existence d'une des trois exceptions prévues par l'article L 650-1 ou ne réussisse pas à convaincre du caractère fautif des concours accordés - justifie le rejet de la demande”⁴⁶*.

Par ailleurs, il ne s'agit pas non plus de s'engager dans une voie qui conduirait à la découverte de “préjudices annexes, périphériques, fussent-ils de nano-préjudices”, mais d'admettre ici que les salariés ont bien subi un préjudice, celui de la perte de la chance de conserver leur emploi, qui ne recouvre pas le préjudice lié à la perte de leur emploi. Pourrait-on découvrir d'autres préjudices? On peut admettre lorsque les salariés n'ont pu bénéficier que d'un plan de sauvegarde de l'emploi à la mesure d'une société en liquidation que le préjudice de la perte de chance d'un retour à l'emploi optimisé soit admis, les salariés n'ayant pu bénéficier de mesures de reclassement étendues. Il s'agit de préjudices réels et s'il est toujours difficile d'évaluer le préjudice de la perte d'une chance, la difficulté n'est pas propre au droit du travail.

Conclusion

La cour d'appel, pour rejeter la demande des salariés, se fonde quasi-exclusivement sur la nature de l'indemnité légale de licenciement: *“pour ce qui concerne des préjudices invoqués, ceux nés de la perte des rémunérations qu'ils auraient pu percevoir dans le futur et le préjudice moral né de la perte de leur emploi et de leurs conditions de travail depuis le licenciement, la cour relève que l'indemnité de licenciement allouée aux salariés pour la rupture de leur contrat de travail a justement*

⁴⁵ J.-. P. Remery, “Responsabilité du dispensateur de crédit pour prise de garanties disproportionnées”, *RJDA*, août/sept. 2017.

⁴⁶ J.-P. Remery, *ibid.*

pour vocation de réparer le préjudice subi du fait de la rupture du contrat de travail et prend nécessairement en compte ces préjudices. Elle n'a pas le caractère d'une créance salariale mais d'une créance de dommages et intérêts qui répare les conséquences de la perte de l'emploi. De plus l'indemnité légale de licenciement perçue par les salariés a été en l'espèce complétée par des dommages et intérêts à la suite de l'arrêt de la cour d'appel ayant considéré que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse. Ces dommages et intérêts réparent le préjudice qui est invoqué par les salariés dans le second poste de préjudice, soit l'absence de moyens adéquats alloués au plan de sauvegarde de l'emploi. Les salariés dont le préjudice a été déjà réparé par l'allocation d'indemnités de licenciement et de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse dont donc mal fondés à demander réparation une seconde fois de ces préjudices".

La motivation de la cour d'appel ne reflète pas la nature et le régime de l'indemnité de licenciement dont on ne peut pas dire qu'elle vient indemniser le préjudice de perte de l'emploi. Comme nous l'avons vu c'est en réalité l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse qui indemnise ce préjudice. Par ailleurs, les salariés pouvaient effectivement prétendre à l'indemnisation de la perte de la chance de conserver leur emploi.

Nous concluons donc à la cassation pour défaut de base légale.

AVIS DE CASSATION