**

Mastère spécialisé Droit et Management International

Promotion 2012-2013

**La pérennité des contrats de distribution à l’épreuve de l’immixtion du droit social**

**Virginie SEQUIER**

Thèse professionnelle

**Dirigée par le Professeur Nicole STOLOWY**

Remerciements

*Je tiens à remercier le Professeur Nicole STOLOWY ainsi que l'ensemble des intervenants, du personnel administratif et la Direction scientifique du Mastère Spécialisé Droit et Management International, qui ont contribué à ma formation et m'ont permis de mener à bien ce travail de recherche.*

*Je remercie également Maître Gilles MENGUY pour son accueil au sein de son cabinet. Il m’a ainsi apporté tous les éléments pratiques nécessaires à la rédaction de cette thèse mais également son aide, ses précieux conseils et sa disponibilité.*

Sommaire

**Première partie : Les enjeux de l’application du droit social aux contrats de distribution**

*Chapitre 1 : Des contrats de distribution basés sur l’indépendance*

*Chapitre 2 : La protection du distributeur envisagée par le droit social*

*Chapitre 3 : Les conséquences de l’intervention forcée du droit social*

**Deuxième partie : Une immixtion aux redoutables conséquences**

*Chapitre 1 : Une négation de l’indépendance des distributeurs*

*Chapitre 2 : La remise en cause du droit de la distribution*

*Chapitre 3 : A la recherche d’une troisième voie pour les contrats de distribution ?*

Introduction

*« Selon l’occasion, n’importe qui, n’importe quand, deviendra victime ou bourreau[[1]](#footnote-1) ».*

Jean-Paul SARTRE résume bien avec cette analyse toute l’ambivalence des rapports humains qu’ils soient économiques, sociaux ou encore politiques.

La violence dans les rapports humains est omniprésente et ce, notamment sur le plan économique. Il s’agit en effet, du principe même de la libre concurrence et du libéralisme.

La concurrence désigne la situation dans laquelle plusieurs opérateurs économiques souhaitent accéder à une ressource limitée. Il s’agit donc d’une compétition, d’une lutte acharnée entre opérateurs. Selon les circonstances, la partie faible n’est pas toujours la même.

Or, le libéralisme n’est pas le règne de l’utopie et il s’avère que les opérateurs ne sont pas tous sur un pied d’égalité dans ce combat sans répit. Le règne du plus fort, ici comme ailleurs a sa place, et la liberté à travers la libre concurrence mérite d’être encadré afin de pallier ses excès.

C’est le rôle du législateur mais également du juge que de trouver le juste équilibre dans son interventionnisme eu égard aux différentes libertés en cause, parfois diamétralement opposées. Le droit social est l’exemple le plus flagrant de cet interventionnisme. Les règles protectrices de ce droit ont été instituées afin de mettre en place un ordre public de protection destiné à protéger la partie faible.

Les contrats de distribution ne sont pas à l’abri de cet interventionnisme si l’on en croit les évolutions législatives et jurisprudentielles à leur égard. Un arsenal protecteur a ainsi été mis en place alors même que ces contrats sont intrinsèquement liés au libéralisme économique et à la libre concurrence exacerbée. On pense alors à la notion de « *déséquilibre significatif* », à la limitation de la durée des clauses d’exclusivité, l’information précontractuelle de la loi DOUBIN, à la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence…

Il semblerait que cet arsenal majoritairement issu du Code de commerce soit insuffisant aux yeux des juges et du législateur. En effet, ces derniers recourent très aisément aux dispositions d’ordre public du droit social pour protéger la partie la plus faible dans les contrats de distribution en assimilant par analogie le distributeur à un salarié. De plus, des régimes issus du Code du travail ont été crées pour s’appliquer aux opérateurs du monde économique.

Pourtant, le droit social et le droit de la distribution sont deux disciplines parfaitement distinctes. Si le droit du travail s’applique à des personnes physiques présumées faibles et juridiquement dépendantes, le droit de la distribution s’applique à des intervenants indépendants, à des commerçants indépendants. On comprend ainsi difficilement comment un distributeur, le plus souvent titulaire d’un fonds de commerce, se verrait qualifier de commerçant indépendant sans pour autant encourir les risques inhérents à l’entreprenariat.

En effet, le droit social s’immisce de plus en plus souvent dans les relations entre distributeurs et fournisseurs, pourtant acteurs présumés indépendants. Le droit social s’applique ainsi, d’une part, à travers les décisions judiciaires de requalification des contrats de distribution en contrat de travail et, d’autre part, à travers l’application à des distributeurs de dispositions pourtant prévues par le Code du travail à l’image du contrat de VRP ou encore du contrat de gérant non salarié de succursale.

Les contentieux surviennent fréquemment lors de la rupture de la relation contractuelle. Les anciens distributeurs n’hésitent pas à se placer sur le terrain du droit social pour se voir appliquer les dispositions des régimes de gérant de succursale ou alors même voir leur relation requalifiée en contrat de travail. Les incidences sont énormes en matière de rappels de salaire, d’heures supplémentaires, de congés payés mais surtout eu égard à la requalification ou l’assimilation de la rupture en licenciement sans cause réelle et sérieuse en présence d’un contrat requalifié en contrat de travail.

Afin de mieux appréhender le paradoxe de cette situation, il convient de revenir à l’essence du contrat de travail. Ce dernier a été conçu par le législateur sur le modèle du contrat de louage. Or, ce type de contrat est conditionné par une dépossession par l’une des parties d’un bien au profit de l’autre partie. Toutefois, si le contrat de travail prévoit la mise à disposition par le salarié de sa « force de travail », aucune dépossession qu’elle soit concrète ou abstraite n’est réellement envisageable. Dès lors, la notion de subordination s’est avérée constituer un excellent substitut visant à compenser l’absence de dépossession de la force de travail.

Les relations de travail se sont transformées au fil des années et notamment depuis les années 1970. Ainsi, les travailleurs salariés se voient accorder de plus en plus d’autonomie : la prise d’initiative est encouragée, les entretiens individuels d’évaluation sont annuels, les entreprises cultivent le culte de la performance à travers l’individualisation de primes…

A l’inverse, s’agissant des travailleurs indépendants et, notamment, des distributeurs, la situation semble s’orienter vers un sens diamétralement opposé. Ainsi, si ces travailleurs assument les risques de leur activité professionnelle, il semblerait que leurs donneurs d’ordre s’immiscent, de plus en plus, dans la gestion de cette dernière. Ce phénomène est particulièrement visible dans le monde de la distribution. Les franchisés en sont l’exemple le plus flagrant. Ce sont des commerçants indépendants, seuls à la tête de leurs entreprises. Pourtant, les franchiseurs ont tendance à s’immiscer grandement dans l’organisation de l’activité de leurs franchisés à travers des instructions, des visites de contrôle, le manuel opératoire et ce, sous couvert de respecter l’esprit d’un contrat de franchise.

D’une façon générale, on peut observer ce phénomène à l’échelle de tous les distributeurs. La plupart des fournisseurs bénéficient d’une exclusivité en matière de vente d’un produit et doivent en échange se soumettre à de nombreuses règles en matière de commercialisation, de présentation ou encore de prix (à travers les prix conseillés, par exemple).

En définitive, on se retrouve face à des relations salariales où souffle un vent d’indépendance tandis que les travailleurs indépendants se trouvent confrontés à l’autorité toujours plus grande de leurs donneurs d’ordre.

Entre ces deux régimes, règne un flou artistique composé de nombreux régimes et sans qu’une cohérence ou une philosophie d’ensemble n’émerge réellement.

Pour autant, ce déclin de l’autonomie des distributeurs n’est pas pour autant synonyme d’aliénation et d’abus. Il peut être inhérent à un type de contrat à l’image du contrat de franchise. Il s’agit, en effet, d’un contrat de réitération d’un savoir-faire par lequel le franchiseur ayant connu une réussite avec son concept économique le transmet à un franchisé sélectionné afin que ce dernier connaisse la même réussite. Or, le savoir-faire doit être suffisamment secret et substantiel pour ne pas être accessible aisément. Dès lors, il est normal que le franchiseur assiste et contrôle le franchisé dans la mise en oeuvre du savoir-faire qui lui a été transmis. Il convient d’aller plus loin dans cette analyse puisque l’absence d’assistance est très souvent invoquée devant les tribunaux par d’anciens franchisés qui invoquent la nullité du contrat de franchise.

Des critiques s’élèvent à l’encontre de cette immixtion du droit social dans la sphère des contrats de distribution. En effet, certains auteurs et de nombreux praticiens critiquent cette application parcellaire et par pur opportunisme du droit social à des contrats conclus entre commerçants indépendants. Le Professeur Daniel MAINGUY parle ainsi de *« monstre juridique »* lorsqu’il évoque le régime des gérants non salariés de succursales de l’article L7321-1 du Code du travail.

Il est aisé de critiquer ces régimes du Code du travail tant leur esprit et leurs conséquences pratiques portent atteinte aux fondamentaux du droit de la distribution et à tout un pan de l’économie. En effet, si l’application du droit social aux contrats de distribution est en soi préjudiciable, l’application de ces régimes hybrides produit un véritable séisme juridique. Le législateur permet ainsi, par l’intermédiaire de ces régimes, d’appliquer le droit social à des relations contractuelles dénuées de toute existence d’un quelconque lien de subordination. La notion de dépendance économique vient alors justifier la carence du lien de subordination sans pour autant laisser intacts l’esprit et le champ d’application initial du droit social.

L’objet de cette étude n’est pas de décrier le droit social et son esprit visant à la protection de la partie faible. Les développements exposés ci-après visent à démontrer combien l’immixtion du droit social est inadaptée tant du point de vue de ses modalités d’intervention que de l’étendue de son intervention à l’égard des spécificités inhérentes au droit de la distribution. Il ne convient pas de remettre en cause l’existence de ce droit qui est justifié et nécessaire dans une société libérale dans laquelle les opérateurs économiques sont enclins aux abus. De plus, l’étude se cantonne à l’analyse de la situation des distributeurs « indépendants » et non des distributeurs de type « grande distribution » qui ne sont pas considérés comme des parties faibles.

Dans leur rapport sur les relations qu’entretiennent les juges avec l’économie, les économistes Pierre CAHUC et Stéphane CARCILLO[[2]](#footnote-2) considèrent que ces derniers entretiennent une défiance à l’égard des entreprises françaises et se méfient grandement d’elles.

Selon un sondage IPSOS réalisé pour les besoins de cette étude, les magistrats se méfient bien plus des entreprises que la majorité des Français interrogés. Ainsi, au sein des fonctionnaires de l’administration française, les magistrats affichent la défiance la plus marquée à l’égard de l’économie de marché.

Selon les auteurs du rapport, cette défiance s’expliquerait par la méconnaissance théorique et pratique de l’économie de marché et des entreprises. La plupart des magistrats n’ont ainsi jamais été confrontés à une expérience au sein d’une entreprise et leur seule confrontation a lieu au tribunal.

Ainsi, *« leur activité professionnelle amène les juges à constater régulièrement toutes sortes d’abus qui finissent devant les tribunaux, ce qui leur donne sans aucun doute une perception de la fréquence de situations délictuelles plus élevée qu’elle ne l’est dans la réalité ».*

Dès lors, le droit social français et son application jurisprudentielle seraient bien plus contraignants que dans la plupart des pays européens notamment en matière de licenciement économique où les juges en viennent à apprécier la licéité des licenciements économiques au regard de la compétitivité de l’entreprise. Or, on sait que cette appréciation va à l’encontre de tous les préceptes de l’économie de marché.

Cette analyse peut être transposée au secteur de la distribution. Ainsi, les juges souvent confrontés à des abus de la part de l’entreprise en position dominante au sein d’un contrat de distribution sont plus enclins à chercher à protéger l’autre partie. Toutefois, les conséquences ne sont pas anodines puisque cette vision manichéenne de l’économie et de ses opérateurs conduit à une immixtion caractérisée du droit social dans un souci de protection de la partie faible.

Le réel enjeu qui motive les juges mais également le législateur semble être le souci de protéger une partie, le distributeur, se trouvant dans une situation de dépendance économique face à des opérateurs économiques bien plus puissants qu’eux qui leur font parfois contracter des contrats d’adhésion.

Si l’intention des juges mais également du législateur semble louable, elle s’avère dangereuse à l’égard du secteur de la distribution, secteur pourtant essentiel du point de vue macro-économique.

*Le réel enjeu de cette étude est ainsi de se demander dans quelle mesure le droit social porte-t-il une atteinte frontale aux contrats de distribution en s’immisçant dans des relations contractuelles pourtant exclues de son champ d’application.*

S’il est vrai que des situations de grave dépendance économique peuvent être constatées au sein des relations contractuelles du droit de la distribution, il n’en demeure pas moins que les contrats sont conclus entre commerçants indépendants disposant d’un consentement éclairé. Dès lors, l’immixtion du droit social implique des conséquences lourdes à de nombreux niveaux et peut conduire à la remise en cause de l’ensemble du droit de la distribution, droit intrinsèquement économique et intimement lié au principe de liberté contractuelle. C’est pourquoi, certains auteurs à l’image de Paul-Henri ANTONMATTEI évoquent l’idée d’une troisième voie à travers la création d’une troisième catégorie juridique à cheval entre le salariat et l’entreprenariat.

L’application du droit social à ces contrats soulève donc des enjeux du point de vue des modalités de son immixtion (première partie) ce qui n’est pas sans conséquences théoriques et pratiques (deuxième partie).

Première partie : Les enjeux de l’application du droit social aux contrats de distribution

Plus que tout autre contrat, les contrats conclus entre les opérateurs du droit de la distribution sont des contrats basés sur l’indépendance (chapitre 1). Pourtant, en dépit de ce postulat d’indépendance, le droit social intervient au profit du distributeur (chapitre 2) alors même que cela a des incidences non négligeables (chapitre 3).

1. Des contrats de distribution basés sur l’indépendance

Procéder à une étude concernant les contrats de distribution est loin d’être anecdotique compte tenu de l’importance de ces derniers au sein de l’économie française (§1). Or, il faut garder à l’esprit que ces contrats ont un point commun : leur modèle économique est tous basé sur le postulat d’indépendance (§2).

* 1. L’importance des contrats de distribution en France

Les contrats de distribution sont essentiels tant sur le plan de la théorie économique (I) que sur le plan macro-économique (II).

* + 1. La fonction essentielle de la distribution sur le plan économique

L’économiste Jean-Baptiste Say a été l’un des premiers à théoriser la fonction de distribution au sein de l’économie. Les deux grandes opérations économiques aisément identifiables sont ainsi la production et la consommation. Or, réduire le cycle à ces deux opérations économiques s’avère bien trop réducteur. Dans son célèbre ouvrage *« Traité d’économie politique »* en 1803, il présente les étapes essentielles du circuit économique que sont la production, la distribution et la consommation.

La fonction de distribution a commencé à réellement intéresser les économistes et les pouvoirs publics à compter de l’avènement de la société de consommation et du passage d’une économie de pénurie d’après-guerre à une économie d’abondance où le consommateur dicte ses choix.

Dès lors, les choix stratégiques peuvent s’opérer au sein de la phase de production en anticipant et orientant la demande vers l’offre proposée. Toutefois, la distribution et ses canaux s’avèrent également essentiels.

C’est en effet le distributeur qui a un contact direct entre le producteur et le consommateur et peut directement avoir une influence sur le comportement d’achat. Le distributeur est l’intermédiaire qui permet au producteur d’atteindre le client et apporte très souvent une valeur ajoutée au produit ou au service.

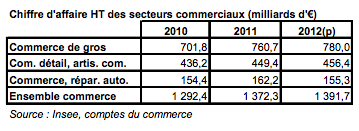
En tant qu’intermédiaire et arbitre entre l’offre et la demande, le distributeur peut les orienter mais également les réguler en gérant l’écoulement de la production sur le marché. Il a pour rôle d’anticiper les fluctuations de la demande.

* + 1. La dimension macroéconomique de la distribution

Les principaux chiffres de la distribution en France

La seule distribution de produits en France concernerait près de 4 millions d’emplois en France si on en croit les chiffres de l’INSEE pour un chiffre d’affaires de 1074 milliards d’euros[[3]](#footnote-3)

Elle concerne 23% des entreprises françaises et 15% de la valeur ajoutée de l’ensemble des branches économiques.



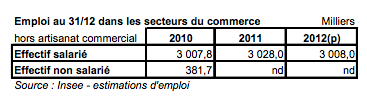
La France compte 733 700 entreprises commerciales au 1er janvier 2012, auxquelles s’ajoutent 43 600 succursales.

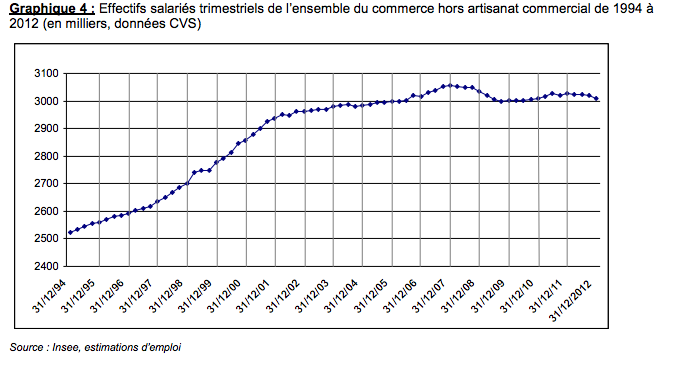
Enfin, les réseaux sont omniprésents dans le monde de la distribution en France puisque dans le commerce, 84% du chiffre d’affaires est réalisé par des réseaux[[4]](#footnote-4).

L’emploi dans le secteur de la distribution

L’emploi salarié dans le secteur fluctue mais continue de croître puisque le nombre de salariés était de 2,5 millions en 1994 alors qu’il est désormais de plus de 3 millions.

Cela représente plus de 18% de la population active.





Le dynamisme du secteur de la distribution à travers l’exemple de la franchise

La France est le leader européen en matière de franchise, mode de distribution qui couvre un grand nombre de secteurs d’activité, de l’alimentaire à la restauration en passant par l’habillement. Elle a généré 50,68 milliards d’euros en 2012.

La franchise est souvent considérée comme un modèle de distribution particulièrement abouti et adapté à la difficulté du contexte économique actuel, notamment par la place qu’elle accorde à l’assistance.

Dès lors, il semblerait que les franchisés n’aient rien à envier aux salariés du secteur de la distribution selon l’enquête annuelle de la franchise pour l’année 2012. Ainsi, le chiffre d’affaires médian des franchisés s’est ainsi élevé à 475.000 euros en 2012 tandis que le revenu annuel moyen était de 34.500 euros nets.

Or, 55% des franchisés s’estimaient mieux rémunérés que les salariés[[5]](#footnote-5)

En 2012, 89 nouveaux réseaux de franchise ont été crées et le secteur de la franchise emploie plus de 310.000 salariés et crée environ 25.000 nouveaux emplois chaque année en France. Chaque franchisé emploie en effet en moyenne 5,6 emplois[[6]](#footnote-6).

* 1. Des contrats au modèle économique largement basé sur l’indépendance

L’indépendance du modèle économique de ces contrats est en partie fondée sur la présomption de non-salariat dont fait l’objet les distributeurs (I). Toutefois, cette présomption n’est qu’une présomption simple puisque certains d’entre eux à l’image des VRP sont grandement attirés par le droit social (II).

* + 1. La présomption de non-salariat des distributeurs
       1. La genèse du texte : la volonté de réduire le champ d’application du droit du travail

En quelques années le législateur a multiplié les régimes prévoyant des présomptions de contrat de travail à propos des VRP, des journalistes ou encore des mannequins.

De la même façon, il a prévu des textes faisant bénéficier des dispositions du Code du travail certaines catégories de travailleurs comme les travailleurs à domicile ou encore les gérants de succursale.

Le juge a eu un rôle actif dans ce mouvement puisqu’il a fait droit à de nombreuses actions en requalification qui ont eu pour conséquence de remettre en cause les équilibres de nombreux contrats de distribution.

Toutefois, il a fini par tenter de mettre un frein à ce mouvement d’extension du droit du travail par la loi n° 94-126 du 11 février 1994 dite loi “MADELIN” et notamment son article 49.

L’article 49 de la loi relative à l’initiative et à l’entreprise individuelle a été codifié à l’ancien article L. 8221-6 du Code du travail et a instauré une présomption légale de non-salariat.

La loi Aubry II du 19 janvier 2000 est venue abroger ce texte avant que la présomption ne soit à nouveau réintroduite par la loi pour l’initiative économique du 1er août 2003.

Pour Bernard TEYSSIE, le législateur a voulu faire passer un message politique, à savoir la volonté de mettre un “frein” à “l’impérialisme du contrat de travail”, source d’insécurité juridique et de rupture de l’équilibre des relations contractuelles. [[7]](#footnote-7)

* + - 1. La mise en place d’une présomption simple

L’article L. 8221-6 du Code du travail est rédigé comme suit : « *Sont présumés ne pas être liés avec le donneur d'ordre par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à immatriculation ou inscription :*

1° Les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès des unions de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales pour le recouvrement des cotisations d'allocations familiales (…)

3° Les dirigeants des personnes morales immatriculées au registre du commerce et des sociétés et leurs salariés ; »

Le II de l’article rappelle toutefois le caractère simple de la présomption de non-salariat :

(…) « II. – L'existence d'un contrat de travail peut toutefois être établie lorsque les personnes mentionnées au I fournissent directement ou par une personne interposée des prestations à un donneur d'ordre dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci ».

Cette présomption vise ainsi à éviter les requalifications trop nombreuses menées par les juges.

Toutefois, l’immatriculation ne peut permettre à un distributeur d’échapper à la législation et au statut de salarié s’il s’avère que le lien qui l’unit au fournisseur est effectivement un lien de salariat. Ainsi, la volonté des parties dans la rédaction ou la dénomination du contrat ne permet pas de contourner les règles du droit social.

La présomption de non-salariat est simple et le juge pourra procéder à une requalification du contrat de travail. Le critère de la subordination juridique est classique pour envisager la requalification mais l’article L. 8221-6 du Code du travail va plus loin en exigeant *« un lien de subordination juridique permanente ».*

* + - 1. Une présomption sans réelles conséquences juridiques

1. Une présomption à vocation de symbole

La présomption de non-salariat semble être en définitive relativement symbolique. En effet, présomption de nature simple, elle peut être renversée dès lors qu’il s’avère que la relation contractuelle en jeu est une relation de salariat.

En réalité, la présomption ne conduit pas à la création d’un statut particulier mais met seulement en exergue l’indépendance présumée des travailleurs non salariés. Tout travailleur non lié par un contrat de travail est ainsi présumé non salarié et ce, sans même qu’un texte n’ait besoin de le préciser.

Il semblerait que cet article soit entré en vigueur pour servir de message à l’attention des juges, un message politique les mettant en garde contre les requalifications excessives en contrat de travail. Le législateur rappelle ainsi que le distributeur indépendant n’est pas nécessairement lié avec son fournisseur par une relation de salariat et que son statut reste avant tout basé sur l’indépendance.

Une indépendance permettant d’éviter aux fournisseurs les inconvénients du salariat

Dans le monde de la distribution, le statut de salarié offre l’avantage au fournisseur d’exercer un contrôle exclusif sur la revente de ses produits notamment sur les prix et la politique commerciale à adopter.

Toutefois, le salariat fait peser sur le fournisseur le poids des risques financiers et commerciaux.

Le salariat est un mode de distribution fort coûteux si l’on considère le poids des charges sociales, le respect d’un salaire minimum, les congés payés, les heures supplémentaires mais également l’ensemble des réglementations nombreuses et pointilleuses. Ainsi, l’employeur se voit peser sur lui de nombreuses obligations dont certaines sont des obligations de résultat, à l’image de l’obligation de sécurité.

Les dispositions d’ordre public du Code du travail font obstacle à une souplesse en cas de rupture de la relation et obligent notamment à respecter la longue et coûteuse procédure de licenciement quand la liberté contractuelle permet d’anticiper aisément la résiliation d’un contrat de distribution.

C’est pourquoi, le salariat ne semble pas être le mode d’exercice de l’activité le plus adapté au monde de la distribution et ses nombreuses contraintes notamment en termes d’horaires.

Très souvent, les fournisseurs optent pour le salariat lorsqu’ils souhaitent pénétrer un nouveau marché. Il est en effet important de maîtriser au mieux cette entrée pour l’optimiser. Sur des marchés plus matures par contre, le salariat présente le seul intérêt majeur de permettre d’imposer des prix de vente.

Or, le régime de la commission-affiliation qui a été mis au point par la pratique permet également d’imposer les prix sans pour autant être contraint par les dispositions du Code du travail.

* + 1. Une frontière ténue avec le droit social : des distributeurs soumis au régime des VRP
       1. La soumission progressive de ces représentants au droit social

Le contrat de VRP *«* *voyageur représentant placier »* provient de la fusion de trois régimes d’intermédiaires institués par la loi du 18 juillet 1937 à savoir : les voyageurs, les représentants et les placiers.

Si le placier se contentait de prospecter la clientèle du ressort du siège social, le voyageur s’intéressait au secteur géographique plus éloigné du siège social quand le représentant quant à lui concluait des contrats pour une société ayant un siège social dans un autre ressort.

La loi du 27 mars 1907 a d’abord prévu que la juridiction prud’homale devait juger du contentieux des VRP puis des dispositions légales sont intervenues concernant le privilège des rémunérations, la périodicité du paiement des commissions ou encore l’affiliation au régime des assurances sociales. [[8]](#footnote-8)

En dépit de ces interventions, des abus étaient constatés, notamment des résiliations brutales de contrat de VRP.

Le législateur a alors décidé d’intervenir par une loi du 18 juillet 1937 prévoyant une *« indemnité de clientèle »* au profit du VRP en cas de résiliation ou de non-renouvellement de son contrat au titre de la clientèle apportée.

* + - 1. La qualification juridique du contrat de VRP

Le VRP est celui qui exerce à titre de profession exclusive et constante une activité de représentation dans le cadre d’un contrat qui doit prévoir la nature des prestations, la région attribuée et le taux des rémunérations (article L. 7311-3 du Code du travail).

Le VRP a la qualité de salarié sans même que n’ait besoin d’être rapportée la preuve de l’existence d’un lien de subordination[[9]](#footnote-9). Si le travailleur remplit les conditions posées par les articles L. 7313-1 et suivants du Code du travail, le lien de subordination est indifférent.

Pourtant, dans la lettre même de l’article L.7311-3 du Code du travail qui pose la définition du VRP, ce dernier est la personne qui *« exerce en fait d’une façon exclusive et constante une profession de représentant. »*

Le VRP semble dès lors plus proche du mandataire. En effet, initialement, le VRP était un mandataire professionnel qui a été assimilé à un salarié par la loi du 18 juillet 1937[[10]](#footnote-10)

C’est un salarié qui prospecte une clientèle ou un secteur déterminé pour le compte d’une entreprise. Il s’avère que le législateur a prévu légalement une présomption d’existence d’un contrat de travail.

* + - 1. Le régime de protection

La qualification de VRP est d’ordre public, il n’est pas possible de déroger à l’application de ce statut, qui s’impose de plein droit aux parties selon l’article L. 7313-4 du Code du travail qui ne peuvent y déroger contractuellement.

Les parties peuvent également décider de s’y soumettre conventionnellement.

Le statut des VRP est prévu par les articles L. 7311-1 à L. 7313-18 du Code du travail. Ainsi, le statut du VRP contient de nombreuses dispositions favorables :

* La durée de la période d’essai, si elle est prévue par le contrat, ne peut dépasser 3 mois (article L. 7313-5 du Code du travail)
* Les commissions doivent être payées tous les trois mois (article L7313-8 du Code du travail)
* La convention collective applicable aux VRP prévoit une rémunération minimale
* Les rémunérations perçues par les VRP se voient appliquer le régime des articles L.3253-2 et L. 3253-3 relatives aux créances privilégiées
* La loi impose le respect de délais de préavis en cas de rupture du contrat (article L. 7313-9 du Code du travail)
* Après la rupture du contrat, le VRP a droit, à titre de salaire aux commissions versées après son départ mais qui découlent de son fait antérieurement à son départ (article L7313-11 du Code du travail)
* En cas de rupture du contrat, le VRP a droit à une *« indemnité de clientèle »* *« pour la part qui lui revient personnellement dans l'importance en nombre et en valeur de la clientèle apportée, créée ou développée par lui* » (article L. 7313-13 du Code du travail). En moyenne cette indemnité correspond à deux années de commissions.
  + - 1. Un travailleur mieux protégé qu’un salarié ?

La fonction de VRP est une fonction très intéressante pour les fournisseurs, notamment pour ceux qui souhaitent étendre leur marché en quadrillant efficacement et rapidement des zones géographiques. Ce type de distributeur peut ainsi prospecter de nouveaux clients avec une motivation d’autant plus grande que sa rétribution est composée de commissions.

Si le souci de protection de ces travailleurs semblait légitime dans les années 1930 qu’en est-il désormais ?

La protection conduit à la mise en place d’une indemnité de clientèle équivalente à 2 ans de commissions en moyenne. Or, si on analyse le régime de la rupture du contrat de travail par analogie, il semblerait que les salariés soient largement moins favorisés. En effet, pour bénéficier d’une indemnité de licenciement le salarié doit avoir au moins un an d’ancienneté. Cette indemnité, lorsque la convention collective applicable n’est pas plus favorable, s’élève à

un cinquième de mois de salaire par année d’ancienneté. On est donc loin des deux ans de rémunération dont peuvent se prévaloir les VRP.

Dès lors, si la protection des VRP est légitime compte tenu de sa participation au développement de la clientèle, on peut s’interroger sur la cohérence juridique d’un tel régime intégré dans le Code du travail. Le VRP, dans son statut ne répond pas aux conditions relatives à la reconnaissance d’un salarié mais est régi par le Code du travail par attraction de la loi.

Or, alors même que par faveur les dispositions du Code du travail s’appliquent à lui, il bénéficie d’un traitement de faveur par rapport aux salariés, sujets naturels des ces dispositions.

1. La protection du distributeur envisagée par le droit social

L’intervention du droit social prend de multiples formes, à travers la requalification en contrat de travail (§1), les régimes de gérant non-salarié de succursales (§2) ou encore indirectement avec celui du gérant-mandataire prévu par le Code de commerce (§3).

* 1. L’application du droit du travail face à une situation de subordination juridique : la requalification en contrat de travail

Il convient d’analyser les critères de reconnaissance d’un contrat de travail (I) avant de s’intéresser au processus de requalification en tant que tel (II).

* + 1. Les critères du contrat de travail

Selon la formule la plus fréquemment utilisée, le contrat de travail est : *« le contrat par lequel une personne s’engage à mettre son activité à la disposition d’une autre, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant rémunération ».*

Ce n’est pas le Code du travail qui donne cette définition mais la pratique judicaire, elle résulte en effet d’un grand nombre de décisions de jurisprudence.

La qualification de la convention est indépendante de celle qui a été donnée par les parties, que ces dernières aient eu la volonté d’échapper à l’application de la réglementation du travail ou, au contraire, de rechercher la protection qu’elle est censée apporter.

Dès lors, la qualification de contrat de travail à une convention suppose la réunion de trois critères : l’accomplissement d’une prestation de travail pour le compte d’une autre personne, l’existence d’un lien de subordination et le versement d’une rémunération.

* + - 1. Le travail pour le compte d’un employeur

Cette condition n’est pas spécifique au contrat de travail et peut être remplie dans un contrat de mandat par exemple. Les juges analysent surtout les conséquences de l’exercice de l’activité.

Ainsi, si la personne supporte les risques et la chargede son activité, la qualité de salarié sera refusée et retenue celle de travailleur indépendant alors qu’en revanche, si la personne exerce son activité au profit du cocontractant, qui en assume par ailleurs les risques, leur convention est susceptible d’être qualifiée de contrat de travail.

* + - 1. Le versement d’une rémunération

Ce critère permet surtout d’écarter le bénévolat du salariat mais il convient de garder à l’esprit que la rémunération peut prendre de multiples formes, y compris, partiellement ou totalement, celle d’avantages en nature[[11]](#footnote-11).

Le choix des modalités de calcul de cette rémunération n’est pas sans incidence : un salaire déterminé en fonction d’un horaire forfaitaireconstituera un indice de lien salarial plus conséquent qu’une rémunération variable.Par ailleurs, un intéressement aux bénéficesne suffit pas à écarter la qualification de contrat de travail alors qu’une participation aux pertesconduira, automatiquement, à la rejeter[[12]](#footnote-12).

Toutefois, la rémunération est omniprésente dans les contrats de distribution. Dès lors, elle ne suffit pas à caractériser l’existence d’une relation de salariat. Il convient de démontrer *qu’elle est versée en contrepartie d’un travail effectué dans des conditions établissant un lien de subordination.*

* + - 1. L’existence d’un lien de subordination

*« Le lien de subordination est caractérisé par l’exécution d’un travail sous l’autorité d’un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d’en contrôler l’exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ».*

Quelle que soit l’indépendance technique dont peut bénéficier la personne ou son niveau de responsabilité, il convient de rechercher dans quel cadre elle est tenue d’exécuter sa prestation.

Le droit de la sécurité sociale a dégagé, àpropos des critères d’assujettissement, la notion de service organisémais cette notion, à elle seule, est insuffisante car il faut que ces contraintes liées à l’exercice d’une activité en commun, soient imposées, ce qui implique l’existence d’un pouvoir disciplinaire[[13]](#footnote-13).

La jurisprudence a ainsi déjà assimilé l’intégration dans un service organisée à de la subordination en considérant que *« les intéressés ne travaillent pas pour leur propre compte mais pour celui de la société qui les emploie dans le cadre d’un service organisé et selon des directives générales imposées par elle qui assume les risques et le profit de son entreprise et sous la dépendance de laquelle ils se trouvent placés en fait[[14]](#footnote-14). »*

Le service organisé s’entend des contraintes relatives à l’organisation du travail comme les horaires imposés, la mise à disposition de matériel ou d’un local, la fixation du périmètre d’activité…[[15]](#footnote-15)

Toutefois, les juges considèrent désormais ce critère comme un simple indice destiné à prouver l’existence d’un lien de subordination[[16]](#footnote-16).

Dès lors, les juges sont attentifs aux contraintes de lieu ou d’horaire[[17]](#footnote-17), à la fourniture de matériel [[18]](#footnote-18) ou encore l’obligation de rendre compte périodiquement des travaux accomplis[[19]](#footnote-19). Ils procèdent à un raisonnement par analyse d’un faisceau d’indices.

* + 1. La requalification du contrat de travail opérée par le juge
       1. Une requalification impérative

1. Les fondements juridiques de l’action en requalification

Le statut juridique d’un distributeur est en principe établi au jour de la conclusion du contrat de distribution avec le fournisseur. Toutefois, en vertu de l’article 12 du Code de procédure civile, le juge « doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposé ».

Ainsi, le distributeur qui opte pour le statut de franchisé ou de commissionnaire ne cumule pas sa qualité avec celle de salarié et agit en tant que commerçant indépendant immatriculé au RCS.

Toutefois de très nombreux contentieux surviennent à l’égard de la qualification du lien contractuel qui unit les distributeurs àl’entreprise fournisseur dans lesquels le juge requalifie la relation en un contrat de travail.

La décision du juge est fondée sur l’article L. 8221-6 du Code du travail qui prévoit expressément une telle requalification ou encore parfois sur le fondement de l’article L.1222-1 du même code qui prévoit l’exécution de bonne foi du contrat de travail et que les juges visent parfois dans leurs décisions.

Une requalification qui s’impose aux parties

La qualification d'un contrat de travail relève de l'office du juge. L’article 12 du Code de procédure civile lui permet de requalifier un contrat de distribution en contrat de travail si les conditions sont réunies.

La qualification de contrat de travail est en effet impérative : *« la seule volonté des intéressés est impuissante à soustraire des travailleurs au statut social découlant nécessairement des conditions d’accomplissement de leur tâche.[[20]](#footnote-20) »*

Le juge n’est pas tenu par la dénomination donnée au contrat par les parties : *« Attendu que l’existence d’une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu’elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l’activité des travailleurs.[[21]](#footnote-21) ».*

C’est pourquoi, de façon plus synthétique, il s’avère que ce sont les conditions réelles d’exercice de l’activité qui déterminent la qualification du contrat : *« L’existence d’une relation de travail salarié dépend des conditions de faits dans lesquelles est exercée l’activité professionnelle[[22]](#footnote-22) ».*

L’existence d’une relation de travail ne dépend pas de la volonté des parties d’écarter la qualification de contrat de travail. L’existence d’un contrat de travail découle des conditions concrètes dans lesquelles s’exécute l’activité.

En effet, que les distributeurs soient qualifiés d’indépendants ou bien au contraire de mandataires, il s’avère que cette qualification ou qu’une éventuelle inscription au registre des agents commerciaux ne lie pas le juge[[23]](#footnote-23).

* + - 1. Le processus de requalification du point de vue pratique

1. La question de la preuve du contrat de travail

La preuve du contrat de travail est libre et peut se faire par tout moyen[[24]](#footnote-24). Toutefois, en vertu de l’article 9 du Code de procédure civile, la charge de la preuve de celui qui invoque l’existence d’un lien de subordination pèse sur celui qui l’invoque[[25]](#footnote-25).

Si l’existence d’une prestation de travail ou du versement d’une rémunération se prouvent aisément, il en va différemment de la preuve de l’existence d’un lien de subordination alors qu’il s’agit là de l’enjeu réel permettant d’opérer la requalification.

C’est en effet l’existence d’un lien de subordination qui détermine la qualification de contrat de travail dès lors que d’autres contrats tels que le contrat d’entreprise ou le contrat de mandat par exemple sont également caractérisés par l’existence d’une prestation et d’une rémunération.

C’est face à la difficulté de prouver l’existence d’un lien de subordination que la jurisprudence a décidé de recourir aux présomptions avec la méthode du *« faisceau d’indices ».*

Le critère fondamental de requalification : l’existence d’un lien de subordination

Il convient donc de caractériser une prestation de travail ainsi qu’une rémunération en contrepartie de cette prestation. Toutefois, si ces deux éléments sont nécessaires, ils ne sont pas suffisants à caractériser l’existence d’un contrat de travail.

En effet, ces deux éléments sont omniprésents dans de nombreux contrats comme le contrat d’entreprise par exemple sans pour autant que l’on puisse automatiquement y voir une relation salariée.

En réalité, l’élément essential et déterminant pour qualifier le contrat de travail est l’existence d’un lien de subordination par lequel une partie, l’employeur dispose d’un ascendant juridique sur une autre partie, le salarié. Le lien de subordination se caractérise par un pouvoir de direction permettant à l’employeur de donner à au salarié des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les manquements. C’est un arrêt de la chambre sociale qui est venue poser cette définition *: « l’exécution d’un travail sous l’autorité d’un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d’en contrôler l’exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* »[[26]](#footnote-26).

Ce même arrêt précise également que l’intégration dans un *« service organisé »* peut s’analyser en un indice permettant de caractériser l’existence d’un lien de subordination.

Si les juges sont intervenus tardivement pour définir la notion de subordination juridique, ils ont très tôt fait le choix d’une définition du salariat à travers l’état de subordination et non à travers la dépendance économique[[27]](#footnote-27).

En l’absence de contrat de travail écrit, le lien de subordination et partant de là, l’existence du contrat de travail s’apprécie eu égard à un faisceau d'indices : l'absence d'autonomie, les contrôles réguliers, la détermination unilatérale des lieux, des horaires de travail et de la rémunération ou encore l'utilisation du matériel fourni par l'entreprise.

Les indices de l’existence d’un lien de subordination

Pour déterminer l’existence d’un lien de subordination, les juges recourent à la méthode d’un faisceau d’indices en analysant des éléments insuffisants à eux seuls pour caractériser la subordination mais dont la réunion permet de conclure à l’existence de cette dernière.

Les indices le plus souvent utilisés sont les suivants :

* Le salaire au temps et non à la tâche [[28]](#footnote-28)
* L’obligation de rendre des comptes quotidiennement[[29]](#footnote-29)
* L’exercice d’une autorité : lorsque des ordres et des directives sont données au salarié et le critère permettant la meilleure démonstration de l’existence d’un lien de subordination. C’est ce critère qui a conduit à l’adoption d’une définition du lien de subordination avec le célèbre arrêt Société Générale du 13 novembre 1996 : *« le lien de subordination est caractérisé par l’exécution d’un travail sous l’autorité d’un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d’en contrôler l’exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné. »*
* La participation à une entité de production collective ou encore l’intégration dans un service organisé
* L’obligation d’utiliser les moyens matériels mis à la disposition par le fournisseur[[30]](#footnote-30)
* La fourniture des locaux, des marchandises et du matériel nécessaire au travail[[31]](#footnote-31)
* la détermination des limites inférieures et supérieures de vente
* La détermination des congés

Illustration de requalifications de contrats de distribution

Le fournisseur peut encadrer strictement la distribution de produits et de services mais cela ne doit pas remettre en cause l’indépendance du distributeur.

La présence du producteur n’a pas d’incidence sur la qualification du contrat de distribution s’il s’avère que le distributeur est libre d’organiser son activité en toute indépendance. Le fournisseur peut apporter son assistance ou imposer des normes de commercialisations si le distributeur détermine seul ses objectifs commerciaux.

Si la requalification du contrat de distribution en contrat de travail est très souvent invoquée en justice, elle n’est pas systématiquement accordée par les juges. Ainsi, les juges recourent plus facilement à l’application des articles L. 7321- 1 et L. 7322-2 du Code du travail permettant d’appliquer le droit du travail à la relation avec des conditions d’application aisément remplies.

1. Illustrations en matière de contrat de franchise

Les contrats de franchise semblent être les contrats de distribution les plus aisément requalifiables tant l’immixtion du franchiseur dans la relation contractuelle est avérée. Le contrat de franchise a en effet pour objet de permettre au franchisé de réitérer le succès du franchiseur en appliquant son savoir-faire.

Véritable contrat d’apprentissage du succès commercial, l’assistance du franchiseur est alors la règle et son absence est même très fréquemment sanctionnée sur le terrain de la nullité du contrat.

Ainsi, bien que la grande majorité des contrats de franchise rappellent à maintes reprises l’indépendance du franchisé dans la gestion de son activité, l’action en requalification est souvent justifiée par le manqué d’indépendance du franchise dans la gestion de son activité.

Un « prestataire » chargé de la distribution de petits colis, recevait de la société des indications précises quant à ses horaires de tournées, avait reçu une formation en interne, était muni d'un mémento comportant diverses instructions précises, était susceptible d'être sanctionné s'il encaissait lui-même le prix des prestations qu'il effectuait. De surcroît, la société assurait l'essentiel de la prospection et de la commercialisation, organisait les plans de tournées, déterminait le nombre de véhicules nécessaires, fixait les tarifs et prix des prestations sans aucune concertation avec le « prestataire ». Le « prestataire » était placé sous les ordres de la direction de la société auxquels il devait se conformer sous peine de sanctions et a vu sa relation contractuelle requalifiée en contrat de travail[[32]](#footnote-32).

De la même façon, *« le contrat de franchise qui impose au franchisé d’appliquer dans les relations avec les clients les instructions détaillées fournies par le franchiseur sans lui laisser d’autonomie dans la conduite de son activité, et qui permet au franchiseur de sanctionner les manquements du franchisé par la résiliation du contrat, doit être requalifié en contrat de travail »[[33]](#footnote-33).*

La juges de la chambre sociale ont également requalifié en contrat de travail un contrat de franchise dès lors que le franchisé était soumis à la hiérarchie d’un *« directeur des ventes »,* devait appliquer les prix de vente fixés par le franchiseur et aux contraintes horaires de ce dernier[[34]](#footnote-34).

C’est l’existence de nombreuses contraintes qui conduit à réduire l’indépendance du franchisé et à caractériser l’existence d’un lien de *« subordination juridique permanent »* : *« L'autonomie juridique propre au statut de franchisé ne résultant pas des conditions particulières d'exercice de l'activité de celui-ci, caractérisées par un service organisé selon des directives et un contrôle étroit du franchiseur, avec une rémunération dont les composantes relevaient largement de conditions imposées au franchisé, la relation entre les parties doit être requalifiée en contrat de travail (…)[[35]](#footnote-35). »*

1. Illustrations en matière d’agence commerciale

L’agent commercial est également un statut un peu particulier puisque c’est un mandataire mais qui agit en toute indépendance. Dès lors, l’indépendance inhérente à ce statut se trouve en contradiction avec le régime de droit commun du contrat de mandat en matière notamment de reddition des comptes…

Dans un arrêt de la chambre sociale du 7 juillet 2010, les juges ont procédé à la requalification d’un contrat d’agent commercial en contrat de travail en reconnaissant toutefois que l’obligation de rendre des comptes était inhérente à ce type de contrat : *« qu’il existait un service organisé d’ « agents commerciaux » dont faisait partie M. X. soumis à un contrôle permanent et rigoureux de leur activité ne se réduisant pas à une simple coordination, a pu en déduire l’existence d’un lien de subordination de M. X. à l’égard de la société Y. »*

Ainsi, il convient de démontrer l’existence d’obligation de comptes rendus fréquents, d’instructions précises, d’un nombre minimal de visites imposé, en un mot une mission de représentation effectuée dans le cadre d’un service organisé[[36]](#footnote-36).

Toutefois, le contrat d’agence commerciale qui impose à l’agent de suivre la méthodologie propre à l’activité du mandant mais sans que soient établies sa soumission à des directives précises en matière notamment d’horaires de travail, son obligation de rendre des comptes pour justifier le nombre de clients démarchés et sa sanction pour manquement à une quelconque obligation particulière, ne peut être requalifié de contrat de travail[[37]](#footnote-37).

1. Une illustration originale à l’égard du régime de l’article L. 7322-1 du Code du travail

Il est très étonnant de s’apercevoir que la jurisprudence est allée relativement loin dans son processus de requalification puisqu’elle a déjà eu l’occasion de requalifier un contrat de gérant de succursale de commerce de détail alimentaire en contrat de travail alors même que ce type de contrat emporte déjà application du droit du travail au profit du gérant.

Les juges ont ainsi décidé d’aller plus loin dans leur protection.

Dans un arrêt du 15 février 2012[[38]](#footnote-38), les juges de la Cour de cassation ont ainsi considéré que les gérants n’étaient pas libres de recruter et de licencier du personnel, ni d’engager du personnel pour prendre leurs congés. Ainsi, ils étaient placés dans un lien de subordination juridique caractérisé emportant application du droit commun du contrat de travail à durée indéterminée.

* 1. L’application du droit du travail face à des situations de dépendance économique : les régimes de gérant de succursale

Il convient d’analyser en premier lieu le régime du « gérant de succursale (I) avant d’en voir les illustrations (II) et enfin le mettre en perspective avec le régime du « gérant non-salarié de succursale de commerce de détail alimentaire (III) »

* + 1. Le régime des articles L. 7321-2 et suivants du Code du travail
       1. La genèse du texte initial

Le régime du gérant de succursale a été mis au point par une loi du 21 mars 1941, pendant le régime de Vichy. Cette loi avait ainsi pour objet de renforcer les dispositions d’une loi de 1932 relative à la protection de la main d’œuvre nationale en lui faisant bénéficier des avantages sociaux déjà existants. Le contexte de la loi de 1941 était inhérent à l’époque puisque cette loi visait à protéger les veuves de poilus qui vendaient par exemple des billets de loterie dans des petits stands.

Ce régime a un statut d’ordre public et s’appliquera quelles que soient les stipulations contractuelles des parties.

* + - 1. Les conditions d’application du texte

Selon l’article L.7321-2 du Code du travail :

« Est gérant de succursale toute personne :

1° Chargée, par le chef d'entreprise ou avec son accord, de se mettre à la disposition des clients durant le séjour de ceux-ci dans les locaux ou dépendances de l'entreprise, en vue de recevoir d'eux des dépôts de vêtements ou d'autres objets ou de leur rendre des services de toute nature ;

2° Dont la profession consiste essentiellement :

a) Soit à vendre des marchandises de toute nature qui leur sont fournies exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise ;

b) Soit à recueillir les commandes ou à recevoir des marchandises à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise.”

Les conditions du texte sont cumulatives et s’il en manque une, la requalification n’est pas envisageable [[39]](#footnote-39) : *« qu'il résulte de ce texte que dès lors que les conditions sus-énoncées ne sont pas, en fait, réunies, quelles que soient les énonciations du contrat, les dispositions du code du travail sont inapplicables ».*

1. L’exclusivité ou la quasi-exclusivité

Un franchisé s’est vu rejeter l’application de ce régime alors qu’il était engagé dans une exclusivité à hauteur de 65% de son volume d’activité[[40]](#footnote-40).

La notion de « quasi-exclusivité » semble en effet délicate à appréhender en l’absence d’un seuil chiffré par exemple. L’imprécision rédactionnelle de cet article a ainsi fait naître plusieurs contentieux depuis l’entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité le 1er mars 2010.

Toutefois, la position des juges est claire, l’article L. 7321-2 n’est pas anticonstitutionnel sans pour autant que ce soit le Conseil constitutionnel qui ait lui même tranché cette question.

Quoi qu’il en soit dans la plupart des réseaux le détaillant propose exclusivement ou quasi-exclusivement les produits de l’enseigne avec laquelle il a contracté et cette condition s’avère remplie.

Les interrogations persistent à l’égard de cette notion de quasi-exclusivité qui pose des difficultés en l’absence de seuil précis. La doctrine semble penser à l’aide d’un raisonnement par analogie avec le règlement no 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 que le seuil de la quasi-exclusivité serait de 80%.

Or, les juges du fond ont eu l’occasion de reconnaître une quasi-exclusivité avec un seuil de 65%. Il semblerait que le législateur soit volontairement resté dans le flou afin de laisser une grande marge de manœuvre aux juges du fond conduisant à une application extensive du texte.

Le local fourni ou agrée

Le fait que le distributeur soit propriétaire de son fonds de commerce n’a pas de réelle incidence sur la prise en compte de cette condition. Le texte n’apprécie en effet pas la nature des droits sur le local.

Le potentiel gérant peut ainsi être propriétaire du local et du fonds sans pour autant écarter l’application de ce régime si le local est agrée par le fournisseur (comme c’est très souvent le cas en pratique)[[41]](#footnote-41).

On interprète largement la notion d’agrément du local puisque il est reconnu lorsque le fournisseur approuve simplement l’emplacement du local ou qu’il aide le gérant à le trouver ou à l’équiper en lui fournissant l’enseigne et l’aménagement commercial.

Or, l’emplacement du local ou l’agencement des lieux, sont des éléments primordiaux pour la viabilité du projet sur lesquels le fournisseur ou la tête de réseau est très attentif. Il n’est ainsi pas rare que le local soit soumis à un agrément. Plus fréquemment, le fournisseur insère une clause d’agrément de l’emplacement dans le contrat.

Les conditions et prix imposés par le fournisseur

Le prix peut être en premier lieu imposé au distributeur et il s’agira alors d’une pratique illicite visée par l’article L. 442-5 du Code de commerce à travers l’interdiction des prix minimum de revente.

Toutefois, le prix peut être imposé au distributeur s’il s’avère que ce dernier agit en qualité de mandataire à la vente, à l’image notamment du contrat de commission-affiliation, crée en pratique pour déjouer cette interdiction. En effet, si l’imposition minimale d’un prix de revente est interdite, la vente effectuée par un mandataire transparent n’est pas soumise au régime de l’article L. 442-5 puisqu’il s’agit alors d’un prix de vente.

Le prix est considéré comme un prix imposé lorsqu’il est impérativement fixé par le propriétaire du fonds de commerce [[42]](#footnote-42) mais également lorsque la marge de manœuvre laissée au gérant pour vendre en dessous du prix de revente marginal est très faible[[43]](#footnote-43). De plus, cette condition est également remplie si le gérant ne peut pas décider de sa propre politique publicitaire ou promotionnelle[[44]](#footnote-44)

En ce qui concerne les conditions imposées, la Cour a eu l’occasion de reconnaître l’imposition de telles conditions lorsque le distributeur se conformait à des normes techniques et commerciales, respectait les campagnes promotionnelles de l’enseigne et que cette dernière lui donnait des instructions[[45]](#footnote-45). De la même façon, cela concerne les conditions relatives aux horaires de travail[[46]](#footnote-46), aux normes relatives à l’aménagement du fonds de commerce, au port d’une tenue vestimentaire, à l’encaissement direct des factures de la clientèle…

Le gérant doit ainsi être titulaire d’une très faible marge de manœuvre.

La question du lien de subordination

L’existence d’un lien de subordination est indifférent et n’est pas une condition d’application du texte[[47]](#footnote-47). Ainsi, la Cour de cassation écarte l’exigence de l’existence d’un lien de subordination à l’égard de l’application de cet article[[48]](#footnote-48).

En effet, l’application de ce texte ne conduit pas à requalifier la relation en un contrat de travail mais à appliquer l’article L.7321-2 du Code du travail et ses règles issues du droit du travail. Cohabitent alors des règles issues du droit du travail avec des règles issues du droit des contrats. Ainsi, les personnes qui se voient appliquer cet article ne sont pas pour autant considérées comme des salariés mais comme des travailleurs indépendants bénéficiant de certaines règles du droit du travail[[49]](#footnote-49).

Il en sera différemment s’il existe bel et bien un lien de subordination puisque dans cette hypothèse, la relation pourra directement être requalifiée en contrat de travail.

De même, si les conditions de l’article sont réunies parallèlement à celles du contrat de travail, le juge optera plutôt pour une requalification en contrat de travail, l’application subsidiaire du droit du travail par l’intermédiaire de cet article devenant inutile.

* + 1. Illustrations de l’application de ce texte

Si à l’origine le texte concernait les vendeuses de billets de loterie ou les tenanciers de kiosques de gares, il s’applique aujourd’hui à de nombreux et variés distributeurs : à un locataire-gérant de station service[[50]](#footnote-50), à des concessionnaires, les gérants-mandataires de l’article L. 146-1 du Code de commerce, des distributeurs exclusifs ou encore des franchisés[[51]](#footnote-51).

Ainsi, ce texte s’applique notamment aux locataires-gérant à l’image des locataires-gérant de station service. Les juges ont ainsi eu l’occasion d’appliquer l’article L.7321-2 du Code du travail à un locataire-gérant, pourtant immatriculé au Registre des commerces et des sociétés et soumis au régime des articles L. 144-1 et suivants du Code de commerce. Les juges ont dès lors considéré que l’application de ces deux textes n’était pas incompatible[[52]](#footnote-52). Cette position a été réaffirmée à de nombreuses reprises par la jurisprudence par la suite.

Plus largement, ce texte s’applique à tous les contrats de distribution dès lors que ses conditions d’application sont réunies

* + 1. Le régime de l’article L. 7322-2 du Code du travail

L'[article L. 7322-2 du Code du travail](http://www.lexisnexis.com.www.ezp.biu-montpellier.fr/fr/droit/search/runRemoteLink.do?A=0.33492323208453856&bct=A&service=citation&risb=21_T18296531629&langcountry=FR&linkInfo=F%23FR%23fr_code%23title%25Code+du+travail%25article%25L.+7321-1%25art%25L.+7321-1%25) s’applique *« aux gérants de succursales de commerce de détail alimentaire »* définis par l'article suivant du même code qui, comme les gérants non salaries de succursales, exercent leur activité dans des conditions révélatrices d'un état de dépendance économique sans que l’on puisse toutefois parler de subordination juridique.

L’article L. 7322-2 dispose ainsi : *« Est gérant non salarié toute personne qui exploite, moyennant des remises proportionnelles au montant des ventes, les succursales des commerces de détail alimentaire ou des coopératives de consommation lorsque le contrat intervenu ne fixe pas les conditions de son travail et lui laisse toute latitude d'embaucher des salariés ou de se faire remplacer à ses frais et sous son entière responsabilité.*

*La clause de fourniture exclusive avec vente à prix imposé est une modalité commerciale qui ne modifie pas la nature du contrat. »*

* + - 1. Les conditions d’application du régime de l’article L. 7322-2 du Code du travail

Le régime s’applique sous réserve que trois conditions cumulatives soient remplies. Toutefois, si ces conditions ne sont pas remplies, le gérant pourra tout de même éventuellement se voir appliquer le régime du salarié par requalification ou le régime de l’article L. 7321-1 du Code du travail.

1. L’exploitation d’une succursale de commerce de détail alimentaire ou de coopérative de consommation

Cette condition est stricte et restrictive mais elle concerne toutefois aussi bien les succursales de commerce de détail que les grossistes.

Le point de vente doit répondre à la définition de la succursale et doit être expressément une succursale du secteur de l’alimentation.

Une rémunération sous la forme de remises proportionnelles au montant de vente

Le gérant ne doit pas percevoir une rémunération fixe mensuelle [[53]](#footnote-53) mais il peut occasionnellement recevoir un salaire fixe sans que cela ne puisse exclure le bénéfice de ce statut.

La rémunération doit avoir lieu sous forme de remises proportionnelles au chiffre d’affaires du point de vente.

La libre fixation des conditions de travail

Le gérant doit être indépendant dans le cadre de la gestion du fonds de commerce à savoir à la fois dans la détermination de ses conditions de travail et dans la liberté dont il dispose d’embaucher des salaries. Il doit ainsi avoir toute latitude d'embaucher des salariés ou de se faire remplacer à ses frais et sous son entière responsabilité.

Ainsi, si le droit du travail s’applique au gérant de succursale, cela ne doit pas signifier pour autant que ce dernier doit être sous la subordination du propriétaire du fonds sous peine de voir la relation requalifiée en contrat de travail.

Toutefois, le propriétaire peut imposer certaines directives concernant la qualité ou la présentation des produits[[54]](#footnote-54), l’étalage des marchandises ou encore le respect de certains horaires d’ouverture[[55]](#footnote-55). De plus, l’obligation d’ouvrir le point de vente « conformément aux coutumes locales des commerçants détaillants d'alimentation générale », ou de ne vendre que des marchandises livrées par le fournisseur n’entraîne pas automatiquement une requalification de la relation en contrat de travail[[56]](#footnote-56).

On l’aura compris, ces exigences sont inhérentes à la nature de ces types de commerces.

* 1. La création d’un nouveau régime inspiré par les nécessités de la pratique : le gérant-mandataire
     1. La genèse du texte initial

La loi n°2005-882 du 2 août 2005 qui a été codifiée à l’article L146-1 du Code de commerce a mis en place un nouveau régime proche du droit social à des distributeurs : le régime des « gérants-mandataires »

Dans la distribution, le contrat de mandat à travers la gérance-mandat a longtemps été utilisé et ce, notamment dans la restauration ou l’hôtellerie. Or, face à des situations de subordination évidente du gérant-mandataire, les juridictions ont procédé à de très nombreuses requalifications de ces relations en contrat de travail. Cela a ainsi crée un courant de défiance à l’égard de ces contrats mais également d’insécurité juridique.

Il fallait donc que le législateur intervienne et c’est ce qu’il a fait en 2005. Selon les travaux préparatoires, le but de cette loi était donc de *« sécuriser les actifs exerçant une profession de manière autonome en développant des formes d'activité intermédiaire entre le salariat et l'entreprenariat »et de « combler un vide juridique, confortant ainsi la situation des gérants mandataires qui disposent d'une très grande latitude dans la conduite de leur activité sans être cependant propriétaires de leur outil de travail ».*

Les rapporteurs devant la Commission des affaires économiques, de l’environnement et du territoire de l’Assemblée Nationale ont ainsi apportés les éléments suivants : *« Le défaut d'assise législative du régime de gérance mandat expose les mandants à un risque de requalification du contrat par le juge en contrat de travail salarié en cas de litige survenant avec le gérant mandataire ou en cas de contrôle par l'administration [...]. La fréquence des litiges depuis quelques années, tout particulièrement dans le secteur de l'hôtellerie, et le coût en résultant pour les mandants en cas de requalification, est de nature à dissuader le recours à cette forme de gestion qui est pourtant appréciée par les intéressés, puisque les gérants mandataires disposent d'une très grande latitude dans la conduite de leur activité sans avoir à supporter les risques de la propriété de leur outil de travail [...]. La volonté de lever l'insécurité juridique liée au risque de requalification du contrat, et de consolider cette forme de soutien indirect à la création d'entreprise est directement à l'origine de l'article 16 du projet de loi, qui confère un support législatif à la gérance mandat ».*

* + 1. Un régime issu de la pratique

Selon l’article L. 146-1 du Code de commerce, les gérants mandataires sont *« les personnes physiques ou morales qui gèrent un fonds de commerce ou un fonds artisanal, moyennant le versement d'une commission proportionnelle au chiffre d'affaires, [...], lorsque le contrat conclu avec le mandant, pour le compte duquel, le cas échéant dans le cadre d'un réseau, elles gèrent ce fonds, qui en reste propriétaire et supporte les risques liés à son exploitation, leur fixe une mission, en leur laissant toute latitude, dans le cadre ainsi tracé, de déterminer leurs conditions de travail, d'embaucher du personnel et de se substituer des remplaçants dans leur activité à leurs frais et sous leur entière responsabilité ».*

* + 1. Un contrat d’ordre public inspiré du mandat de droit commun

Le gérant mandataire est en premier lieu un mandataire au sens des articles 1984 et suivants du Code civil, qui se doit de respecter les instructions de son mandant et de rendre des comptes à ce dernier sans assumer les risques de son activité.

Pour Nicolas FERRIER, ce statut est d’ordre public eu égard à sa rédaction puisque l’article L.146-1 du Code de commerce dispose que les personnes « sont » qualifiées et non pas « peuvent être » qualifiées de gérants mandataires. De plus, le statut est protecteur et l’intervention d’un ministre dans le cadre de la fixation de la commission minimale serait autant d’éléments allant dans ce sens.

Le gérant mandataire doit être immatriculé au registre du commerce et des sociétés ou, le cas échéant, au répertoire des métiers ce qui implique dès lors l’application de la présomption de non-salariat posée par l’article L.8221-6 du Code du travail.

Il s’agit d’un statut protecteur qui protège le mandataire grâce notamment à une obligation d’information précontractuelle à la charge du mandant prévue par l’article L.146-2 du Code de commerce. Cette obligation d’information se cumule avec l’obligation précontractuelle imposée par la loi DOUBIN à l’article L.330-3 du Code de commerce lorsque le mandant met à la disposition du mandataire des signes distinctifs.

L’indemnité est toutefois plus restrictive que celle accordée aux agents commerciaux puisque cette dernière est due en cas de *« cessation du contrat »* alors que les mandataires ne la perçoivent qu’en cas de résiliation par le mandant.

* + 1. Un contrat proche du salariat en pratique

Dès lors, le mandataire semble proche du salarié soumis à un lien de subordination se définissant comme : *« l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ».*

Les instructions et le contrôle de leur exécution découlant du contrat de mandat et le pouvoir de sanction des régimes de rupture contractuelle.

Toutefois, contrairement au salarié, le mandataire jouit d’une certaine indépendance dans l’exercice de sa mission.

C’est pourquoi, le législateur s’est senti contraint de devoir imaginer un régime à cheval entre le salariat et l’entreprenariat avec l’article L. 146-1 du Code de commerce : *« Les personnes physiques ou morales qui gèrent un fonds de commerce ou un fonds artisanal, moyennant le versement d'une commission proportionnelle au chiffre d'affaires, sont qualifiées de "gérants-mandataires" lorsque le contrat conclu avec le mandant, pour le compte duquel, le cas échéant dans le cadre d'un réseau, elles gèrent ce fonds, qui en reste propriétaire et supporte les risques liés à son exploitation, leur fixe une mission, en leur laissant toute latitude, dans le cadre ainsi tracé, de déterminer leurs conditions de travail, d'embaucher du personnel et de se substituer des remplaçants dans leur activité à leurs frais et sous leur entière responsabilité. »*

En 2005, le législateur a délibérément choisi de ne pas intégrer ce nouveau régime dans le Code du travail mais bel et bien dans le Code de commerce.

Le contrat de gérant-mandataire n’est pas soumis aux règles du licenciement et le mandataire se voit seulement accorder une indemnité qui n’est pas une indemnité de licenciement puisque “le contrat liant le mandant et le gérant-mandataire peut prendre fin à tout moment dans les conditions fixées par les parties ».

Le principe reste donc la liberté de rompre le contrat et l’indemnité ne compense pas en elle-même la rupture.

Toutefois, le texte prévoit une rémunération minimale : *« la commission minimale garantie »* qui semble s’apparenter au SMIC et doit être fixée par accord-cadre ou en l’absence d’accord par le ministre chargé des petites et moyennes entreprises.

* + 1. La requalification du contrat de gérance-mandat en contrat de travail

Si la gérance-mandat a été mise en place pour pallier les nombreuses requalifications qui avaient lieu, notamment dans le secteur de l’hôtellerie, le résultat n’est pas réellement atteint.

Des requalifications de ces contrats en contrat de travail ont en effet toujours lieu compte tenu de la proximité intrinsèque en pratique entre contrat de mandat et contrat de travail.

Certes, il est parfois admis, pour écarter la requalification de la convention en contrat de travail, que les limites apportées à l'autonomie de gestion de la société mandataire.

Ainsi, plusieurs indices conduisent à une requalification comme les visites du propriétaire du fonds de commerce, qu’elles soient régulières ou inopinées, l’absence de maîtrise de l’emploi du tempset des dates de congés ou encore l’interdiction de se faire remplacer

Les juges s’avèrent stricts dans l’appréciation du lien de subordination, comme l’illustre l’arrêt de la chambre sociale du 8 juin 2010 : « *qu'appréciant les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, parmi lesquels le livret d'exploitation détaillé systématiquement joint aux contrats de gérants-mandataires et les courriels adressés tant aux gérants mandataires qu'à leurs épouses ou compagnes, la cour d'appel après avoir relevé que ces personnes travaillaient sous l'autorité et le contrôle direct de la société B&B, qu'elles devaient impérativement respecter les normes et standards de la chaîne, selon le livret annexé sans pouvoir y déroger, qu'elles ne disposaient d'aucune liberté en matière de fixation des prix et de choix des clients, de procédure d'accueil, de promotion, de publicité et de tenue de la comptabilité, qu'elles devaient suivre les directives de la société B&B qui en contrôlait la bonne exécution en pratiquant des inspections suivies de remontrances et en menaçant de représailles ceux qui ne respecteraient pas ces instructions, et de résiliation du contrat ceux qui voudraient être indépendants dans leurs décisions commerciales ; qu'ayant ainsi fait ressortir l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné, elle a pu décider, par motifs propres et adoptés [...] que les gérants-mandataires et leurs épouses ou compagnes étaient liés à cette société par un contrat de travail »*

Enfin, le mandataire n’est pas un salarié et son mandant ne peut exiger de donner son accord pour la conclusion de certains contrats ou encore lui imposer certains fournisseurs

* + - 1. Une nouvelle intervention législative pour contrer l’interventionnisme travailliste

1. L’apport de la loi du 23 juillet 2010

L’article 30 de la loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010, relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services a introduit un nouvel alinéa au sein de l’article L. 146-1 du Code de commerce : *« la mission précise, le cas échéant, les normes de gestion et d'exploitation du fonds à respecter et les modalités du contrôle susceptible d'être effectué par le mandant. Ces clauses commerciales ne sont pas de nature à modifier la nature du contrat».*

Selon Jacques LE GUEN, le député à l’origine de cet amendement, cet alinéa a pour but de *« clarifier, pour le sécuriser, le régime applicable à l'activité de gérance-mandat ».*

Dès son entrée en vigueur en 2005, ce régime a ainsi été malmené par les juges à travers le spectre de la requalification en contrat de travail.

Lors des débats parlementaires, les députés ont ainsi soulignés les risques de requalification lies à l’existence de réseaux de distribution posant pour cadre des normes homogènes.

L’amendement a pour objet de préciser que ces normes et le contrôle de leur application se justifient sans pour autant que ne soit nécessaire de procéder à une requalification du contrat en contrat de travail.

Une requalification en contrat de travail toujours envisageable

Le nouvel alinéa considère que les *« clauses commerciales »* ne peuvent conduire à la requalification du contrat de gérance mandat en contrat de travail en ce qu’elles n’ont pour seul objet que de fixer *« les normes de gestion et d'exploitation du fonds ».*

Toutefois, le mandant, ne peut, sous couvert de ces clauses commerciales, ôter toute son autonomie au mandataire, sous peine de voir le juge intervenir et reconnaître l’existence d’un lien de subordination.

C’est pourquoi, on peut dire que ces « *clauses commerciales*» ne sont soumises qu’à une présomption simple d’absence de lien de subordination à l’image de la présomption de non-salariat de l’article L. 8221-6 du Code du travail

La question de l’application du contrat de gérant de succursale

Le législateur écarte expressément l'application du statut de gérant mandataire aux gérants non salariés visés à l'[article L. 7322-1 du Code du travail](http://www.lexisnexis.com.www.ezp.biu-montpellier.fr/fr/droit/search/runRemoteLink.do?A=0.055654929331576675&bct=A&service=citation&risb=21_T18296469629&langcountry=FR&linkInfo=F%23FR%23fr_code%23title%25Code+du+travail%25article%25L.+782-1%25art%25L.+782-1%25).

Le gérant-mandataire est toutefois proche du gérant de succursale de l’article L.7321-2 du Code du travail qui ne nécessite pas la démonstration de l’existence d’un lien de subordination pour trouver à s’appliquer.

En l’absence de lien de subordination, le statut de gérant de succursale pourrait donc trouver à s’appliquer alors même que le contrat conclu est un contrat de gérant mandataire.

Les positions des auteurs divergent quant à ce concours de qualification et d’application de régimes différents.

Le Professeur Nicolas FERRIER propose l’application cumulative de ces deux régimes lorsque leurs conditions sont remplies avec application du principe de faveur. Dès lors, l’intéressé bénéficierait des dispositions de chaque régime qui lui sont le plus favorable.

Pour Jean-François CESARO au contraire, le législateur a cherché au contraire à écarter toute application du droit du travail au contrat de gérant-mandataire du Code de commerce

Le débat n’est pas tranché et ce, d’autant plus que les deux statuts sont d’ordre public.

1. Les conséquences de l’intervention forcée du droit social

Les contentieux en la matière sont de moins en moins anecdotiques. Il convient en premier lieu poser le cadre de l’intervention du droit social (§1), avant d’en analyser les conséquences générales (§2) sachant que la plupart des affaires conduisent à des condamnations en rappels de salaire, d’heures supplémentaires de congés payés… Toutefois, lorsque l’action est introduite a posteriori de la rupture du contrat de distribution, l’enjeu de l’analyse de la rupture en un licenciement sans cause réelle et sérieuse se pose (§3). Enfin, l’intervention du droit social peut aller de paire avec l’intervention du droit pénal (§4).

* 1. Le cadre général de l’intervention du droit social

L’analyse du cadre général de l’intervention du droit social conduit à s’interroger sur le titulaire de l’action (I), la juridiction compétente (II) et la question de la prescription (III).

* + 1. La question du titulaire de l’action
       1. Le titulaire de l’action en requalification

Dans le cadre d’une instance relative à la requalification d’un contrat de franchise en contrat de gérant de succursale s’est posée la question du titulaire de l’action.

En ce qui concerne la reconnaissance de l’existence d’un contrat de travail, ce droit est exclusivement attaché à la personne et dès lors ne peut être ni exercée par un créancier ni par les organes de la procédure[[57]](#footnote-57).

* + - 1. Le titulaire de l’action en application des articles L. 7321-1 et L. 7322-1 du Code du travail

Toutefois, la solution est différent eu égard aux régimes des gérants de succursales. Ainsi, il s’avère que cette action en requalification n’est pas considérée comme une action personnelle qui serait seulement ouverte à l’intéressé[[58]](#footnote-58) :

*« L’action tendant à faire reconnaître que les dispositions de l’article L.7321-2 du Code du travail sont applicables à un rapport contractuel, qui n’exige pas que soit établie l’existence d’un lien de subordination, n’est pas une action exclusivement attachée à la personne qui désire bénéficier de ces dispositions[[59]](#footnote-59). »*

* + 1. La question de la compétence juridictionnelle

En ce qui concerne l’action en requalification d’un contrat en contrat de travail, le Conseil des prud’hommes a seule compétence puisqu’il a vocation à régler tous les différents en rapport avec un contrat de travail selon l’article L. 1411-1 du Code du travail. Dès lors, il a compétence pour juger de l’existence même de ce contrat.

Le litige ayant pour objet un différend relatif à l'existence d'un contrat de travail opposant le salarié à son employeur prétendu, peu important l'absence de contestation expresse de ce dernier, le conseil de prud'hommes avait seul compétence pour statuer sur la réalité et la validité de ce contrat par une décision opposable aux organismes de gestion du chômage et de sécurité sociale qui refusaient de reconnaître au demandeur la qualité de salarié**[[60]](#footnote-60).**

La question de la compétence juridictionnelle en cas de litige avec un gérant non-salarié est un peu plus délicate. L’article L. 7322-5 du Code du travail prévoit que les litiges concernant *« les modalités commerciales d’exploitation des succursales »* relèvent du Tribunal de commerce tandis que les litiges concernant « les conditions de travail des gérants non salariés » relèvent du Conseil des prud’hommes.

Ce dernier est donc compétent pour les différends inhérents aux conditions de travail, à la résiliation du contrat de travail à savoir au paiement des rappels de salaire, d'une indemnité de préavis, de dommages-intérêts pour rupture abusive ou encore d'une indemnité d'inventaire, s'ils sont liés la résiliation du contrat[[61]](#footnote-61) .

La jurisprudence a adopté la même position à l’égard des gérants de succursales de l’article L. 7321-1 du Code du travail[[62]](#footnote-62). « *En cas de litige, le Conseil de prud’hommes est compétent alors même que le distributeur demandeur peut être inscrit au Registre du Commerce et des Sociétés[[63]](#footnote-63) ».*

Enfin, l'article L. 7322-6 frappe de nullité toute clause attributive de compétence stipulée dans le contrat liant le gérant et l'entreprise pour le compte de laquelle il travaille.

* + 1. La question de la prescription de l’action

La loi de sécurisation de l’emploi a réduit les délais de prescription qui sont passés de 5 ans à 2 ans en matière d’exécution ou de rupture du contrat de travail et de 5 ans à 3 ans en matière d’action en répétition de salaire.

Le point de départ du délai de prescription est le jour à compter duquel la personne qui exerce l’action a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant l’exercice de son droit.

Dès lors, les distributeurs disposent d’un délai de 2 ans suite à la rupture de leur contrat pour intenter une action pour reconnaître voire requalifier la rupture en licenciement sans cause réelle et sérieuse et peuvent réclamer les rappels de salaires ou le paiement des heures supplémentaires des trois années précédant l’action.

* 1. Les conséquences générales de l’intervention du droit social

Les conséquences sont légèrement différentes selon que le juge procède à une requalification du contrat de distribution en contrat de travail (I) ou applique les dispositions du Code du travail par l’intermédiaire des régimes des gérants de succursales (II).

* + 1. Les dispositions applicables au distributeur suite à une requalification

Les salariés bénéficient du régime protecteur du droit du travail. De nombreux droits leur sont ainsi reconnus sans qu’il soit ici nécessaire pour autant de rentrer dans le détail de toutes les dispositions qui leur sont applicables.

* + - 1. Les dispositions générales

1. La requalification de la relation en un contrat à durée indéterminée

Il s’avère en pratique que les contrats de distribution requalifiés en contrat de travail sont requalifiés en contrats à durée indéterminée.

Ainsi, selon l’article L. 1221-2 du Code du travail, *« Le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail. Toutefois, le contrat de travail peut comporter un terme fixé avec précision dès sa conclusion ou résultant de la réalisation de l'objet pour lequel il est conclu dans les cas et dans les conditions mentionnées au titre IV relatif au contrat de travail à durée déterminée. »*

Dès lors, à défaut de précision, le contrat de travail est un contrat à durée indéterminée. La jurisprudence se conforme à cette solution puisqu’elle a ainsi requalifié par exemple un contrat de franchise en contrat à durée indéterminée dès lors que le contrat *« ne satisfait pas aux conditions limitatives d'établissement d'un contrat à durée déterminée énoncées dans l'art. L. 122-1-1[[64]](#footnote-64)”.*

Le bénéfice des dispositions de la convention collective

Les salariés sont soumis à la convention collective dont relève l’activité principale de l’employeur selon l’article L. 2261-2 du Code du travail.

Le droit à la formation

Chaque salarié doit bénéficier tout au long de sa vie à la formation professionnelle et ce, que cette formation soit à l’initiative du salarié avec le congé individuel à formation ou encore du droit individuel à formation ou à l’initiative de l’employeur dans le cadre du plan de formation de l’entreprise.

Le rôle attribué à l’employeur est primordial et est envisagée avec une relative sévérité puisque les juges sanctionnent sans grande hésitation les employeurs ayant manqué à leur obligation de formation.

La Cour de cassation a ainsi sanctionné un employeur pour n’avoir fait bénéficier à un salarié ayant 12 ans d’ancienneté que d’un stage de formation de trois jours[[65]](#footnote-65).

Or la formation professionnelle des salariés a des conséquences non négligeables du point du vue financier avec les contributions à verser en fonction de la masse salariale et de la présence des salariés au sein de l’entreprise.

Le droit à la représentation collective

Tout salarié ayant un an d’ancienneté peut être candidat aux élections des institutions représentatives du personnel. Le statut de représentant élu permet d’être considéré comme un « salarié protégé » et de bénéficier d’une protection dérogatoire en cas de licenciement avec notamment une demande d’autorisation auprès de la DIRECCTE.

Il bénéficie également du droit syndical.

La mise en cause de la responsabilité du salarié

Le salarié ne peut voir sa responsabilité engagée à l’égard du déficit de gestion que dans l’hypothèse de la commission d’une faute lourde.

En ce qui concerne le déficit d’inventaire, à savoir un problème relatif au stock géré par le salarié, il s’avère que ce dernier n’est responsable qu’en cas de faute lourde[[66]](#footnote-66).

* + - 1. Les dispositions pécuniaires

1. Le respect de la durée légale du travail et des congés payés

La durée hebdomadaire de travail est fixée à 35 heures par semaine civile selon l’article L.3121-10 du Code du travail. Dès lors, les heures effectuées au-delà de cette durée sont assimilées à des « heures supplémentaires » ouvrant droit à une majoration de salaire et sous certaine condition à un repos compensateur.

Or, dans le secteur de la distribution, il est difficilement concevable d’envisager des semaines de travail de 35 heures compte tenu de l’amplitude des horaires d’ouverture de la plupart des points de vente.

Dès lors, on comprend aisément pourquoi le statut de salarié s’avère très coûteux et inadapté au responsable d’un point de vente cumulant de nombreuses heures de travail effectives.  
De plus, chaque salarié a le droit de bénéficier de 5 semaines annuelles de congés payés par an.

Le respect du salaire minimum et le droit à la participation

Tout salarié a le droit au respect d’une rémunération minimale au moins égale au SMIC ou le cas échéant au salaire minimum conventionnel s’il est plus élevé.

Dans les entreprises de plus de 50 salariés, un accord de participation est obligatoire et il doit prévoir la mise en place d’une réserve de participation au profit des salariés de l’entreprise

Enfin, si une clause de non concurrence est insérée dans le contrat de travail, elle doit prévoir une contrepartie financière au profit du salarié.

* + 1. Les dispositions applicables au gérant de succursale assimilé à un salarié

Lorsqu’il s’avère que les articles L.7321-1 ou L. 7322-1 sont applicables à une relation contractuelle, la conséquence s’avère être l’application du droit du travail sans pour autant reconnaître l’existence d’un véritable contrat de travail.

* + - 1. Un renvoi aux dispositions du Code du travail

Ces contrats qui restent des contrats de gérance-mandat, restent soumis au droit commun de la gérance-mandat mais également au droit du travail[[67]](#footnote-67).

A l’égard du gérant de succursale de l’article L. 7321-2 du Code du travail, l’article L. 7321-1 du Code du travail dispose que *«les dispositions du présent code sont applicables aux gérant de succursale, dans la mesure de ce qui est prévu au présent titre ».*

*Selon l’article suivant : « le chef d'entreprise qui fournit les marchandises ou pour le compte duquel sont recueillies les commandes ou sont reçues les marchandises à traiter, manutentionner ou transporter n'est responsable de l'application aux gérants salariés de succursales des dispositions du livre Ier de la troisième partie relatives à la durée du travail, aux repos et aux congés et de celles de la quatrième partie relatives à la santé et à la sécurité au travail que s'il a fixé les conditions de travail, de santé et de sécurité au travail dans l'établissement ou si celles-ci ont été soumises à son accord.*

*Dans le cas contraire, ces gérants sont assimilés à des chefs d'établissement. Leur sont applicables, dans la mesure où elles s'appliquent aux chefs d'établissement, directeurs ou gérants salariés, les dispositions relatives :*

*1° Aux relations individuelles de travail prévues à la première partie ;*

*2° A la négociation collective et aux conventions et accords collectifs de travail prévues au livre II de la deuxième partie ;*

*3° A la durée du travail, aux repos et aux congés prévus au livre Ier de la troisième partie ;*

*4° Aux salaires prévus au livre II de la troisième partie ;*

*5° À la santé et à la sécurité au travail prévues à la quatrième partie. »*

L’article L. 7321-3 du Code du travail distingue toutefois deux hypothèses selon que le chef d’entreprise fixe ou non les conditions de travail, d’hygiène et de sécurité. Dans la première hypothèse, le gérant se voit appliquer certaines dispositions du Code du travail. Dans le cas contraire, ces gérants sont assimilés à des employeurs mais peuvent se voir reconnaître le bénéfice de certaines dispositions du Code du travail toutefois moins nombreuses.

En ce qui concerne le gérant non salarié de succursale de commerce de détail alimentaire, l’article L. 7322-1 du Code du travail précise les dispositions du droit du travail qui lui sont applicables :

« Les dispositions du chapitre Ier sont applicables aux gérants non salariés définis à [l'article L. 7322-2,](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=3D993568C2E77694CB271E2A4E57D8D8.tpdjo05v_3?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=LEGIARTI000006904748&dateTexte=&categorieLien=cid) sous réserve des dispositions du présent chapitre.

L'entreprise propriétaire de la succursale est responsable de l'application au profit des gérants non salariés des dispositions du livre Ier de la troisième partie relatives à la durée du travail, aux repos et aux congés, ainsi que de celles de la quatrième partie relatives à la santé et à la sécurité au travail lorsque les conditions de travail, de santé et de sécurité au travail dans l'établissement ont été fixées par elle ou soumises à son accord.   
Dans tous les cas, les gérants non salariés bénéficient des avantages légaux accordés aux salariés en matière de congés payés.

Par dérogation aux dispositions des articles [L. 3141-1](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=3D993568C2E77694CB271E2A4E57D8D8.tpdjo05v_3?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=LEGIARTI000006902638&dateTexte=&categorieLien=cid)et suivants relatives aux congés payés, l'attribution d'un congé payé peut, en cas d'accord entre les parties, être remplacée par le versement d'une indemnité d'un montant égal au douzième des rémunérations perçues pendant la période de référence. Les obligations légales à la charge de l'employeur incombent à l'entreprise propriétaire de la succursale »

* + - 1. Les modalités d’application du Code du travail aux gérants non salariés

1. Dispositions générales

Le gérant bénéficie de la convention collective applicable*[[68]](#footnote-68)* au propriétaire du fonds de commerce mais également du droit syndical [[69]](#footnote-69) et du droit à la représentation collective[[70]](#footnote-70)

De la même façon, par renvoi de l’article L. 7322-1 à l’article L. 7321-1 du Code du travail, il bénéficie des dispositions applicables au salarié en matière de rupture du contrat de travail, de congés payés et de durée du travail. Dès lors, cette dernière doit être encadrée et impose le respect de la procédure idoine à l’image du préavis et du versement de l’indemnité de « licenciement ».

En effet, les articles L. 1231-1 et suivants du Code du travail concernant la rupture du contrat de travail à durée indéterminée sont applicables à ces gérants non salariés[[71]](#footnote-71).

Enfin, en ce qui concerne les litiges, le Conseil des prud’hommes est compétent pour les litiges relatifs aux conditions de travail alors que les juridictions commerciales sont compétentes pour les litiges relatifs aux modalités commerciales d'exploitation.

Dispositions pécuniaires

Conformément à l’article L. 7322-3, alinéa 2 du Code du travail, le contrat doit prévoir la rémunération minimale du gérant en tenant compte du minimum garanti par les accords collectifs. Dès lors, le gérant, doit, sauf faute lourde lui étant imputable, recevoir une rémunération au moins égale au SMIC[[72]](#footnote-72). En ce qui concerne le régime des articles L. 7321-1 et suivants du Code du travail, c’est la jurisprudence qui impose cela[[73]](#footnote-73).

En ce qui concerne les heures supplémentaires, par souci de pragmatisme lié aux réalités du monde de la distribution, les juges ont considéré que le gérant non salarié ne peut prétendre au paiement de ces heures qu’à la condition que l’entreprise les lui ai imposées[[74]](#footnote-74) pour le gérant non salarié de succursale de commerce de détail alimentaire. A l’égard du gérant de succursale, cette position n’est pas tranchée avec précision mais les juges ont admis le paiement de ces heures supplémentaires au profit d’un gérant qui ne pouvait embaucher du personnel pour les accomplir en raison de faible montant de ses bénéfices d’exploitation[[75]](#footnote-75).

Enfin, comme à l’égard des salariés, la clause de non concurrence insérée dans un contrat doit prévoir une contrepartie financière au profit de son débiteur [[76]](#footnote-76)

La responsabilité du gérant non salarié

De par son statut particulier, à cheval entre le droit social et le droit commercial, le gérant est responsable à l’égard de l’entreprise à l’égard de laquelle il est contractuellement lié. Il est ainsi, comme le mandataire, tenu à une obligation de reddition de compte et sa responsabilité peut être engagée à l’égard des déficits de gestion et d’inventaire.

Contrairement aux salariés, le gérant peut voir sa responsabilité engagée en matière de déficit de gestion sans démonstration d’une faute. Toutefois, seule la faute lourde peut le priver du bénéfice du SMIC[[77]](#footnote-77).

Le déficit d’inventaire peut quant à lui impacter la rémunération du gérant sans que les juges n’aient besoin de limiter l'obligation de remboursement à la fraction de la commission excédant le SMIC[[78]](#footnote-78).

* 1. Les conséquences en cas d’analyse de la rupture du contrat en un licenciement sans cause réelle et sérieuse

La situation la plus classique est celle dans laquelle un distributeur agit contre son ancien cocontractant suite à la rupture du contrat qui les liait.

Dès lors, si l’application du droit social au contrat est prononcée le juge peut analyser la rupture du contrat qui est intervenue en un licenciement sans cause réelle et sérieuse et appliquer le régime juridique correspondant (I) mais également appliquer des dispositions liées aux spécificités des contrats de distribution (II).

* + 1. Les incidences classiques de la qualification de licenciement sans cause réelle et sérieuse

L’indemnité de rupture abusive devra être versée par l’employeur au salarié. Elle correspond au minimum à 6 mois de salaire pour un salarié ayant deux ans d’ancienneté dans une entreprise de plus de 11 salariés et est évaluée en fonction du préjudice subi le cas échéant.

L’indemnité de licenciement sera versée dès lors que le salarié requalifié avait au moins 1 an d’ancienneté au sein de la structure. La loi prévoit une indemnité correspondant à 1/5ème de mois de salaire par année d’ancienneté et au delà de 10 ans, cette indemnité est de 1/5ème de mois de salaire plus 2/15ème de mois par année d’ancienneté au delà des 10 ans. Toutefois, les conventions collectives prévoient souvent des indemnités plus avantageuses.

Si le salarié a mois d’un an d’ancienneté dans une entreprise comptant moins de 11 salariés, il pourra cumuler l’indemnité de rupture abusive avec une indemnité réparant l’irrégularité de la procédure de licenciement d’au moins 1 mois de salaire

En fonction de son ancienneté, le salarié a également droit à une indemnité de préavis correspondant en général à 2 mois de salaire

* + 1. Les incidences découlant des particularités des contrats de distribution

Il est fréquent que certains contrats de distribution imposent le paiement d’un droit d’entrée dans le réseau, à l’image du contrat de franchise par exemple.

On peut s’interroger sur la remise en cause de leur versement en cas d’application des régimes du droit du travail. Le Professeur Hughes KENFACK s’est interrogé sur le remboursement de ces sommes dans cette hypothèse.

La Cour de cassation a toutefois considéré que dans cette hypothèse, les juges du fond devaient rechercher la cause du versement original de ces sommes et vérifier s’il s’agit ou non, d’un *« cautionnement remboursable »* ayant pour seul objet de garantir la bonne exécution du contrat[[79]](#footnote-79) mais également si ces sommes ne conduisent pas à diminuer la rémunération effective du gérant en deçà du SMIC.

Enfin, si le législateur était allé au terme de son raisonnement juridique, il aurait considéré que les bénéfices supérieurs à la rémunération contractuellement prévus au contrat devaient revenir au propriétaire du fonds de commerce. Or, il n’en est rien et les juges considèrent que le gérant peut conserver ces sommes[[80]](#footnote-80)

Il arrive que dans des affaires de requalification de contrat de franchise en contrat de travail les juges condamnent l’ancien franchiseur à restituer à son ancien franchise les droits d’entrée qu’il avait verse ainsi que les frais de formation réglés au cours de la relation contractuelle [[81]](#footnote-81) voire parfois même au remboursement des frais de constitution de la société franchisée.

* 1. Les conséquences pénales : le délit de travail dissimulé

La reconnaissance de l’existence d’un contrat de travail peut conduire à une condamnation pénale (I) aux conséquences non négligeables (II).

* + 1. Le risque de condamnation sur le plan pénal

L’application du droit social à un contrat de distribution, quelle que soit la forme qu’il prenne a des incidences qui vont au-delà de la requalification du contrat et des conséquences relatives à l’application du droit social.

Ainsi, la condamnation devant le Conseil des prud’hommes à ce titre ne protège pas le fournisseur de poursuites devant le Tribunal correctionnel pour travail dissimulé.

Il peut ainsi être renvoyé devant le tribunal correctionnel suite à décision du Procureur au titre du délit de travail dissimulé dès lors que la fraude est avérée.

Pour qu’il soit constitué, ce délit implique l’existence d’une relation de travail et la volonté frauduleuse de ne pas accomplir les formalités liées à l'emploi d'un salarié, notamment la déclaration unique d'embauche (DUE) et la signature d'un contrat écrit s'il est obligatoire.

* + 1. Les conséquences de la condamnation pénale

Le délit de travail dissimulé est sanctionné par une peine maximale de 45.000 euros d’amende (220.000 euros si l’employeur est une personne morale) et de 3 ans de prison.

Enfin, le salarié victime peut obtenir le paiement d’une indemnité automatique de 6 mois de salaire.

Partie II : Une immixtion aux redoutables conséquences

Si dans tous les domaines du droit, une immixtion trop grande du droit social peut être regrettable, cela est d’autant plus vrai à l’égard du droit de la distribution. En effet, à l’égard des contrats de distribution, l’immixtion caractérisée du droit social conduit à nier un des principes fondamentaux de ces contrats à savoir l’indépendance des opérateurs (chapitre 1).

Dès lors, de façon plus holistique, cela revient à remettre en cause l’ensemble du droit de la distribution, aussi bien sur le plan théorique que pratique (chapitre 2).

Il convient alors de s’interroger sur l’opportunité de conserver cette situation contestable ou de faire évoluer le droit (chapitre 3).

1. Une négation de l’indépendance des distributeurs

L’immixtion du droit social conduit à une négation avérée de l’indépendance du distributeur à travers la remise en cause de sa qualité de commerçant (§1) et ce alors même que cela découle de pures raisons d’opportunité (§2).

* 1. Une remise en cause de la qualité de commerçant

L’intervention du droit social en la matière revient de façon totalement incohérente à appliquer les dispositions du Code du travail à un commerçant indépendant, propriétaire de son fonds de commerce (I). Cela conduit également à violer de façon éhontée plusieurs libertés fondamentales (II).

* + 1. La question de l’application du droit social au titulaire d’un fonds de commerce
       1. La question de la titularité de la clientèle

*« Le fonds n'est pas autre chose que le droit à une clientèle. S'il n'y avait pas de clientèle, il n'y aurait pas de fonds de commerce »* selon le Professeur Georges Ripert.

Dès lors, celui qui détient la clientèle détient le fonds de commerce. Or, cette question de la titularité de la clientèle a fait l’objet de nombreux débats tant en jurisprudence qu’au sein de la doctrine[[82]](#footnote-82).

Comment déterminer le titulaire de la clientèle au sein des réseaux de distribution intégrée comme la franchise ou la concession par exemple ?

Le franchisé ou plus largement le distributeur économiquement dépendant a t’il une clientèle propre ou la clientèle appartient-elle à l’enseigne, au fournisseur ?

1. La titularité de la clientèle basée sur le risque entrepreneurial

La clientèle doit être commerciale, réelle, certaine et licite. Mais plus que tout, la clientèle commerciale doit être propre au commerçant à savoir lui être personnellement attachée.

C’est ce dernier critère qui pose le plus d’interrogations. Aucune définition légale de la clientèle n’a encore été posée.

Il a longtemps été considéré que le franchisé ne pouvait avoir de clientèle propre, cette dernière étant celle du franchiseur titulaire de la marque[[83]](#footnote-83). Ainsi, la clientèle appartenait au franchiseur car elle était attirée par la marque, le réseau et sa notoriété.

La reconnaissance d’une clientèle au profit du distributeur dépendant économiquement : l’exemple du franchisé

Il fallait donc prouver que la clientèle était attirée par l’activité propre du franchisé.

Or, il est vrai qu’en réalité, la clientèle du franchiseur semble être seulement composée des franchisés eux-mêmes bien que les clients soient attirés par la marque ou l’enseigne.

Par un arrêt Trévisan du 27 mars 2002 la Cour de cassation a consacré l’existence d’une clientèle personnelle au franchisé distincte de celle du franchiseur[[84]](#footnote-84) :

*« Si une clientèle est au plan national attachée à la notoriété de la marque du franchiseur, la clientèle locale n’existe que par le fait des moyens mis en œuvre par le franchisé. Elle est créée par son activité avec des moyens qu’il met en œuvre à ses risques et périls.″*

Cette position reprend la position de la doctrine majoritaire et distingue deux types de clientèle. On a ainsi la clientèle locale pour le franchisé et la clientèle nationale pour le franchiseur. La clientèle nationale serait alors la clientèle attachée à la marque du franchiseur quand la clientèle locale résulte des éléments relatifs au fonds de commerce.

Ce découpage a été longuement critiqué compte tenu de son incongruité : en réalité la clientèle nationale se confond avec la clientèle locale, les marchés ne sont pas concurrents mais différents et complémentaires.

Le régime est le même pour le contrat de franchise et pour le contrat de commission ou le contrat de concession. Ainsi, « le commissionnaire est *un commerçant indépendant assurant la direction et la responsabilité de son entreprise à ses seuls avantages et risque*s » et ce, même s’il n’est pas propriétaire des produits et ne supporte pas les risques inhérents à la revente des produits[[85]](#footnote-85).

La clientèle est attirée par la marque et ses produits mais c’est la prestation exécutée au sein du point de vente qui sera déterminante

Or, la qualité de commerçant et de propriétaire de fonds de commerce est basée sur le risque.

Comment dès lors accepter que le droit du travail ne vienne à tout prix limiter ou encadrer ce risque ?

Les régimes s’appliquent à des « gérants de succursales ». Pourtant, dans certaines décisions les juges n’ont pas hésité à appliquer ces régimes à des personnes physiques propriétaires de leur fonds de commerce. Dès lors, l’activité était risquée et on a du mal à comprendre comment le droit social peut trouver à s’appliquer.

* + - 1. Les conséquences de la reconnaissance de la titularité de la clientèle

Le postulat est alors inversé et on considère que le commerçant indépendant est propriétaire de sa clientèle.

Si la *« clientèle c’est le fonds»*, la propriété de la clientèle a pour conséquence de reconnaître la propriété du fonds de commerce et donc le bénéfice du régime protecteur des baux commerciaux

Il faut en effet être propriétaire du fonds de commerce pour demander le bénéfice du paiement de l’indemnité d’éviction.

Dès lors l’application du droit du travail à des commerçants indépendants, titulaires de la propriété commerciale semble un leurre.

Le statut du VRP a pour but de compenser l’absence d’emprise sur la clientèle du travailleur, notamment lors de la rupture du contrat. Or, cela pose la question de l’opportunité de l’application du droit social à des travailleurs qui sont en réalité très éloignés de la précarité inhérente au statut de salarié.

* + 1. Les atteintes aux libertés fondamentales
       1. L’atteinte portée à la liberté contractuelle

1. L’atteinte à la liberté contractuelle des parties au contrat

La liberté contractuelle n’a pas été reconnue comme un principe ayant une valeur constitutionnelle. Pour autant, le Conseil constitutionnel a eu l’occasion de considérer que *« le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une* *atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* »[[86]](#footnote-86).

La liberté contractuelle est en réalité protégée sur le fondement du principe de liberté de l’article 4 de la Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789. Toutefois, la liberté contractuelle est également intimement liée au principe de sécurité juridique de l’article 16 de la même déclaration.

Les contrats de distribution ont pour fondement le droit commun des contrats et les principes du Code civil tels que la liberté contractuelle.

En effet, contrairement à certains contrats dérogatoires du droit commun tels que les contrats conclus avec un consommateur ou les contrats de travail qui portent frontalement atteinte à la liberté contractuelle en vue de protéger une partie faible. Le contrat de distribution est conclu entre deux commerçants indépendants, professionnels avertis et dont le consentement est présumé éclairé.

La nécessaire sanction de cette atteinte

Or, les régimes dérogatoires inscrits dans le Code du travail portent clairement atteinte à la liberté contractuelle en ce qu’ils viennent déroger au contrat librement conclu entre les commerçants indépendants que sont le fournisseur et le distributeur

Alors même que ces parties ont expressément écarté le régime du droit social en ne concluant pas un contrat de travail, ces régimes viennent s’immiscer dans la relation au détriment de leurs volontés.

Il s’avère que la question n’a pas été expressément tranchée par le Conseil constitutionnel puisque dans plusieurs arrêts, la chambre sociale de la Cour de cassation a usé de son pouvoir de filtrage en ne renvoyant pas la question de la compatibilité de l’article L. 7321-1 avec le principe de liberté contractuelle.

Il est possible que le Conseil constitutionnel ait sanctionné cet article le cas échéant. En effet, dans un décision du 13 juin 2013, les Sages ont mis sur un même plan la liberté contractuelle et la liberté d’entreprendre qui a pourtant une valeur constitutionnelle *: « Il est loisible au législateur d’apporter à la liberté d’entreprendre et à la liberté contractuelle qui découlent de*[*l’article 4*](http://actu.dalloz-etudiant.fr/le-billet/article/la-protection-constitutionnelle-de-la-liberte-contractuelle//h/e66fd7d2369c49f25337a9c071377ad4.html#art4)*de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l’intérêt général, à la condition qu’il n’en résulte pas d’atteintes disproportionnées au regard de l’objectif poursuivi »[[87]](#footnote-87).*

* + - 1. L’atteinte portée à la liberté d’entreprendre

La liberté d’entreprendre a été consacrée comme liberté à valeur constitutionnelle dans la décision « loi de nationalisation »[[88]](#footnote-88) sur le fondement de l’article 4 de la Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789. Il s’agit d’une composante essentielle de la liberté du commerce et de l’industrie. La liberté d’entreprendre induit le libre accès mais également le libre exercice d’une activité.

En contractant en qualité de commerçant indépendant, le distributeur a fait le choix de conserver sa liberté au détriment de la sécurité inhérente au salariat.

Salariat et entreprenariat sont ainsi deux modes d’exercice d’une activité professionnelle totalement incompatibles. Dès lors, le distributeur indépendant a fait le choix d’un exercice indépendant et l’application du droit social vient contrecarrer la liberté de gestion de son activité.

* 1. Une immixtion du droit social basée sur de pures raisons d’opportunité

L’intervention du droit social en la matière découle de pures raisons d’opportunité qui conduisent à des atteintes graves sur le plan de la logique juridique tant sur le plan rédactionnel (I) que sur le plan de l’application des textes (II).

* + 1. Les atteintes portées à la logique juridique dans la rédaction des textes
       1. Le laxisme rédactionnel

L’article L.7321-2 du Code du travail évoque ainsi la notion de marchandises fournies *« exclusivement ou presque exclusivement »* sans jamais énoncer un seuil chiffré d’appréciation de la quasi-exclusivité. Cela est dangereux et laisse une grande marge d’appréciation aux magistrats tout en empêchant les fournisseurs d’avoir une visibilité et une marge d’appréciation des risques de requalification lorsqu’ils contractent avec des distributeurs. Le législateur a également usé du terme *« essentiellement »* pour qualifier la profession de ces travailleurs. Une fois de plus, comment interpréter un terme aussi malléable et imprécis ?

De la même façon, le texte évoque les *« conditions et prix imposés »* sans jamais expliciter ce que la notion de conditions recouvre. Parle-t-on des conditions de commercialisation dans leur ensemble ou seulement des conditions de présentation ?

Qu’est ce qu’un *« local agrée »,* parle-t-on d’un agrément exprès du fournisseur, condition suspensive insérée dans le contrat de distribution ou d’un agrément tacite ?

Ces notions mériteraient que le législateur prenne la peine de les préciser et les définir avec précision.

De plus, ce laxisme rédactionnel a des conséquences lourdes. L’imprécision des termes conduit à une acception large du régime de l’article L7321-1.

Pourtant l’application de ce texte à un contrat de distribution n’est pas anodin et a des conséquences lourdes tant sur le plan pécuniaire que sur le plan économique.  
Dès lors, une rédaction trop imprécision et une appréciation laxiste des critères par les juges du fond peut conduire à remettre largement en cause les modèles de contrat de distribution

Les fournisseurs ont alors tout intérêt à opter pour une distribution de leurs produits ou services par l’intermédiaire de succursales au détriment du canal de la distribution indépendante et ce, notamment lorsqu’ils envisagent des contrats de distribution avec une exclusivité ou une quasi-exclusivité.

Le risque est en effet bien trop grand de se voir appliquer le régime des articles L. 7321-1 ou L. 7322-1 du Code du travail ou pire encore de risquer une requalification de la relation en contrat de travail. Les juges semblent ainsi très suspicieux et très laxiste à l’égard des autres critères d’application du texte dès lors que le critère de l’exclusivité ou de la quasi-exclusivité est rempli.

Dans l’esprit des magistrats, l’exclusivité semble être synonyme de dépendance économique. Or, si cette exclusivité crée une dépendance que l’on ne peut nier elle n’est pas pour autant synonyme d’abus nécessitant une intervention.

* + - 1. Les atteintes au principe d’intelligibilité et de sécurité juridique

*« Ne constitue pas une atteinte à la sécurité juridique le fait que les juridictions apprécient dans chaque cas, l’importance, prépondérante ou non, de l’activité consacrée par un distributeur de produits au service du fournisseur. Le contrôle juridictionnel constitue au contraire une garantie de sécurité pour ce dernier. Dès lors, les dispositions de l’article L. 7321-2 du Code du travail ne sont pas contraires à l’article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales »[[89]](#footnote-89).*

Dans plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité qui lui ont été posées, la Cour de cassation a ainsi considéré que le critère de *« presque exclusivité »* contenu dans l’article L.7321-2 du Code du travail ne portait pas atteinte aux objectifs à valeur constitutionnelle d’intelligibilité et d’accessibilité de la loi.

Cette considération des juges de la Cour de cassation semble critiquable tant l’utilisation de l’adverbe  *« presque »* est imprécise et porte frontalement atteinte à la sécurité juridique. En effet, comment les parties peuvent-elles anticiper l’application des régimes du Code du travail si les conditions d’application de l’article ne sont pas énoncées avec précision ?

On peut penser que les juges de la Cour de cassation ont préféré ne pas transmettre la question prioritaire de constitutionnalité pour des raisons d’opportunité, à savoir afin de ne pas mettre en danger ce régime juridique alors même que la violation des principes d’intelligibilité de la loi et de sécurité juridique semblent atteints.

* + 1. Les atteintes portées à la logique juridique dans l’application des textes
       1. La souplesse de l’interprétation des dispositions

1. La bienveillance des juges dans l’interprétation des régimes d’exception

Or, ces régimes constituent des régimes d’exception au droit commun et notamment au droit commun des contrats, qu’il concerne des contrats de franchise, de commission ou encore de concession par exemple. Dès lors, dans la logique des règles d’interprétation juridique, ces textes devraient être interprétés de façon restrictive et non extensive. Or, dans la pratique judiciaire qu’en ont les juges, il semblerait que l’inverse prime et que ces derniers interprètent ces textes avec beaucoup de souplesse.

Ainsi, la Cour de cassation a validé l’application de l’article L.7321-2 du Code du travail à une hypothèse où le gérant était une personne morale, personne morale n’exploitant pas un local mais plusieurs et n’étant pas contractuellement tenu sur la base d’une exclusivité de fourniture[[90]](#footnote-90). Cela conduit à faire preuve d’une souplesse à trois reprises dans le cadre de l’interprétation d’un seul et même texte. Il est difficile dans cette hypothèse de ne pas parler de bienveillance du juge à l’égard de l’application de ces régimes dérogatoires.

De même l’absence d’exigence quant à la démonstration de l’existence d’un lien de subordination démontre la faveur non dissimulée de la jurisprudence à l’égard du droit du travail. Cette faveur peut toutefois se justifier juridiquement compte tenu du fait qu’il est vrai que l’application de ces textes ne conduit pas à une requalification du contrat en contrat de travail mais à une application des dispositions du Code du travail.

Une interprétation trop souple des dispositions conduisant à un recours trop facilité à ces régimes dérogatoires dans le monde de la distribution

Observons, le monde de la distribution à travers ses principaux contrats : contrat de franchise, contrat de concession, contrat de commission-affiliation…

Il s’avère que dans la pratique de ces contrats les conditions inhérentes à l’article L. 7321-2 du Code du travail sont presque toujours remplies. Pour que le texte s’applique, quatre conditions cumulatives doivent ainsi être remplies :

* Une forme d’exclusivité ou de quasi-exclusivité
* L’imposition de conditions de vente
* L’existence d’un local fourni ou agrée
* L’imposition de prix

Or, dans la pratique, ces conditions sont remplies dans presque tous les contrats de distribution.

En effet, la clause d’exclusivité d’approvisionnement ou de fourniture s’avère être extrêmement fréquente et s’avère en pratique profitable aussi bien pour le fournisseur que pour le distributeur qui gagne ainsi en visibilité auprès de sa clientèle.

L’agrément du local et le contrôle des conditions de commercialisation découlent naturellement de cette exclusivité puisque la crainte que les produits vendus le soient dans un local non adapté, mal localisé géographiquement ou dans des conditions dégradantes est légitime. Dès lors, la grande majorité des contrats de distribution concernent un point de vente spécifique et intègrent des éléments relatifs à la présentation des produits, l’achalandage ou encore le service après-vente sans pour autant que les dispositions s’apparentent à un véritable contrôle du fournisseur sur le distributeur.

En ce qui concerne l’imposition de prix, le droit français est très clair à ce sujet puisque le Code de commerce considère que le fait d’imposer un prix minimal ou une marge commerciale constitue un délit passible d’une amende de 15.000 euros[[91]](#footnote-91). Toutefois, nous avons vu que les juges accueillent ces conditions avec une grande bienveillance et que l’imposition de prix est interprétée avec une grande souplesse.

Ces quatre conditions étant cumulatives, il aurait été difficile d’appliquer ce texte si les relations en cause devaient absolument nécessiter la démonstration de l’imposition de prix de revente.

En effet, il est rare de rencontrer ce type de comportement dans le monde de la distribution, tant la pratique est grave et est sévèrement sanctionnée.

Dès lors, les juges estiment parfois que la seule pratique de « prix conseillés » peut s’avérer constituer une imposition de prix et ce, notamment lorsque les prix conseillés sont suivis en pratique. C’est ainsi le cas lorsque la marge de manœuvre en réalité laissée au distributeur est quasiment inexistante en pratique.

Or, on a du mal à comprendre comment la transmission de prix conseillés à un distributeur peut s’avérer être un signe de dépendance économique et conduire à l’application nécessaire du droit du travail.

En effet, les prix conseillés permettent d’assurer l’unité du réseau, s’il en existe un, et sont calculés par le fournisseur, concepteur du produit afin de permettre au distributeur d’optimiser ses ventes et de se dégager une marge commerciale suffisante.

L’illustration de la bienveillance de la jurisprudence : l’application au gérant-mandataire

L’article L.146-1 du Code de commerce formalise le régime du gérant-mandataire crée en 2005 : *« Les personnes physiques ou morales qui gèrent un fonds de commerce ou un fonds artisanal, moyennant le versement d'une commission proportionnelle au chiffre d'affaires, sont qualifiées de "gérants-mandataires" lorsque le contrat conclu avec le mandant, pour le compte duquel, le cas échéant dans le cadre d'un réseau, elles gèrent ce fonds, qui en reste propriétaire et supporte les risques liés à son exploitation, leur fixe une mission, en leur laissant toute latitude, dans le cadre ainsi tracé, de déterminer leurs conditions de travail, d'embaucher du personnel et de se substituer des remplaçants dans leur activité à leurs frais et sous leur entière responsabilité.*

*La mission précise, le cas échéant, les normes de gestion et d'exploitation du fonds à respecter et les modalités du contrôle susceptible d'être effectué par le mandant. Ces clauses commerciales ne sont pas de nature à modifier la nature du contrat.*

*Le gérant-mandataire est immatriculé au registre du commerce et des sociétés et, le cas échéant, au répertoire des métiers. Le contrat est mentionné à ce registre ou à ce répertoire et fait l'objet d'une publication dans un journal habilité à recevoir des annonces légales.*

*Les dispositions du présent chapitre ne sont pas applicables aux professions régies par le chapitre II du titre VIII du livre VII du code du travail. »*

Ce régime écarte expressément l’application des dispositions du Code du travail puisqu’il précise que les clauses commerciales qui imposent notamment les normes de gestion du fonds (et donc les normes de commercialisation) ne permettent pas d’écarter le régime du gérant-mandataire. Cet alinéa semble sous-entendre que si ce régime se rapproche de celui du gérant de succursale de l’article L.7321-2 du Code du travail, il ne doit pas faire l’objet de requalifications pour autant.

Or, la lettre du texte n’a pas empêché les juges de procéder à une interprétation *contra legem* en appliquant l’article L. 7321-2 à un gérant-mandataire[[92]](#footnote-92)

* + - 1. La question de l’application du droit social à une personne morale

Si les conditions de l’article L. 7321-2 du Code du travail sont vérifiées, alors le juge l’applique à un distributeur quand bien même ce dernier aurait crée une personne morale pour exercer son activité[[93]](#footnote-93).

Or, le droit du travail est inapplicable aux personnes morales puisqu’il est réservé aux salariés personnes physiques.

La jurisprudence prend une grande liberté à l’égard de ce critère en considérant qu’il ne s’agit pas d’un obstacle à l’application des textes insérés dans le Code du travail. Or, la plupart du temps, le contrat en cause n’a pas été conclu avec une personne physique mais avec une personne morale. Les juges ne s’embarrassent pas de ce principe et procèdent à l’application de l’article sans prendre le soin de démontrer la fictivité de la personne morale notamment ou les manœuvres visant à échapper à l’application du droit du travail.

Un arrêt le précise même : *« le bénéfice des dispositions de l’article L.781-1 recodifié sous les numéros L. 7321-1 à L. 7321-5 du Code du travail n’est pas subordonné au caractère fictif de la société »[[94]](#footnote-94).*

Dans un arrêt de 2007[[95]](#footnote-95), un franchisé avait crée une société destinée à exercer son activité et la question qui se posait était de savoir si cette personne morale pouvait ou non faire écran eu égard à l’application de l’article L.7321-1 du Code du travail.

Les juges ont alors considéré : *«  Qu'en se déterminant ainsi, par des motifs inopérants tirés de la constitution par M… d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, alors qu'il lui appartenait seulement de rechercher si les conditions énoncées à l'article L. 781-1, 2o susvisés étaient réunies, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».*

Dès lors, il semblerait que la constitution d’une personne morale n’empêche pas l’application des dispositions du Code du travail.

Ainsi, en dépit du caractère *intuitu personae* de la majorité des contrats de distribution, les juges appliquent ces régimes à des personnes physiques qui peuvent n’avoir jamais été contractuellement engagé dans le contrat de distribution. Les juges semblent ainsi considérer que la démonstration des critères d’application des textes suffise et la preuve d’une quelconque fictivité n’a pas à être rapportée. Cela signifie qu’on serait automatiquement en présence d’un intuitu socci (intuitu personae des associés de la personne morale) ce qui porte atteinte au principe de l’écran de la personne morale[[96]](#footnote-96).

Enfin, les juges appliquent les articles L. 7322-1 du Code du travail à des gérants de « succursales » alors même que la plupart du temps l’activité du gérant en cause et son fonds de commerce sont gérés par une personne morale créée à cet effet.

Or, une succursale n’a pas d’autonomie juridique et de personnalité morale. Comment peut-on dès lors qualifier de gérant de succursale, le gérant d’une personne morale ?

1. La remise en cause du droit de la distribution

Tout l’enjeu de cette étude est de démontrer en quoi l’immixtion du droit social est particulièrement inadaptée à l’égard des contrats de distribution.

Le droit de la distribution est un droit pragmatique, issu de la pratique qui semble s’autoréguler (§1).

De plus, c’est un droit qui a déjà su élaborer des mécanismes de protection de la partie faible (§2) sans nécessiter pour autant une intervention du droit social. Dès lors, cette dernière conduit à remettre en cause les modèles de contrat de distribution (§3).

* 1. Le droit de la distribution, un droit pragmatique qui se suffit à lui-même

Selon le Professeur Didier FERRIER, le droit de la distribution est un *« droit professionnel »*[[97]](#footnote-97). Il s’agit d’un droit orienté vers un secteur d’activité : le secteur de la distribution et qui gère tout aussi bien les opérations de distribution que les opérateurs.

Ce droit est récent puisqu’il n’a été mis en avant qu’en 1975 par le Professeur Jean-Marc MOUSSERON et n’est pas réellement une branche du droit mais une compilation de plusieurs droits : droit civil, droit de la concurrence, droit commercial, droit de la consommation…

Le droit des contrats qui n’est rien d’autre que le cœur du droit de la distribution a su mettre en place des mécanismes de protection des intervenants sans pour autant avoir besoin de recourir au droit du travail pour y parvenir.

Or, le droit de la distribution, avec ses règles de droit des contrats, de droit de la propriété intellectuelle, de droit de la concurrence et de droit de la consommation se suffit à lui-même.

Il a su s’adapter aux réalités économiques et prendre en considération le fait qu’une partie économiquement faible pouvait se trouver en situation de dépendance économique et devait donc subir un traitement différencié.

Il s’agit d’un droit souple qui a su se conformer aux évolutions économiques en protégeant dans un premier temps les distributeurs contre le refus de vente des fournisseurs à l’aube des années 1950 puis protection des fournisseurs contre les discriminations commerciales et contractuelles il y a peu.

Les règles protectrices sont légion alors même que ce droit est un droit considéré comme « libéral ».

* + 1. Une idéologie différente du droit de la distribution
       1. Le contrat de distribution : un contrat par essence déséquilibré

Dans le contrat de travail, le salarié est systématiquement dans une position de faiblesse à l’égard de son employeur car il est non seulement dépendant juridiquement mais également dépendant économiquement.

Au sein du monde de la distribution, il n’est pas possible de procéder à ce genre de constat. En effet, chaque situation contractuelle est unique et il n’est pas possible de protéger une partie au détriment d’une autre.

Il semblerait que l’immixtion du droit social au sein du droit de la distribution ait pour objet de protéger les distributeurs à travers les régimes du gérant de succursale, du gérant de succursale de commerce de détail alimentaire, les requalifications des commissionnaires, de franchisés en contrat de travail…

Or, il n’est pas possible de protéger en permanence le distributeur en partant du postulat qu’il est plus faible. Cela va à l’encontre de la réalité économique du monde de la distribution. Le législateur est en effet intervenu à plusieurs reprises pour protéger les fournisseurs, victimes de nombreux abus de la part des distributeurs.

La multiplication des régimes de protection en faveur des distributeurs est donc inadaptée et porte grandement préjudice au monde de la distribution en biaisant les rapports entre les différents opérateurs économiques.

Le contrat de franchise est souvent caractérisé par de nombreuses obligations à la charge du franchisé qui peuvent s’apparenter à de la subordination.

Toutefois, sauf situations particulières, cela n’altère pas l’indépendance du franchisé qui embauche son propre personnel, l’encadre, le licencie mais conclue également des contrats en toute autonomie juridique.

De plus, la jurisprudence a reconnu au franchisé notamment l’existence d’une clientèle qui lui est propre. Dès lors, comment peut-on appliquer au franchisé le bénéfice de dispositions du droit du travail alors qu’il dispose d’une clientèle propre ? Ce raisonnement est également applicable à d’autres catégories de distributeurs tels que les commissionnaires par exemple.

* + - 1. Le contrat de distribution : un contrat dénué de lien de subordination

Le contrat de travail est basé sur la subordination juridique définie comme *« l’exécution d’un travail sous l’autorité d’un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d’en contrôler l’exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné*»*[[98]](#footnote-98)*.

Si un tel lien de subordination existe alors le contrat de distribution pourra légitimement être requalifié en contrat de travail puisqu’il s’agit de sa qualification réelle. L’existence d’un lien de subordination est en effet incompatible avec le statut d’indépendant du commerçant immatriculé au Registre du Commerce et des Sociétés et cette immixtion serait justifiée.

* + - 1. La question de la dépendance économique dans le contrat de distribution

Toutefois, les régimes intégrés dans le Code du travail à destination des distributeurs ne visent pas une telle hypothèse puisqu’aucun lien de subordination n’est nécessaire. Ils visent des situations de dépendance économique néfaste. Cette notion se définissant comme : *« l’impossibilité, pour une entreprise de disposer d’une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu’elle a nouées avec une autre entreprise »[[99]](#footnote-99).*

La philosophie n’est absolument pas la même et les juges tendent à oublier que la grande majorité des contrats de distribution conduisant à une situation de dépendance économique. Cela ne signifie pas pour autant qu’il s’agit d’une dépendance économique portant préjudice au distributeur.

En effet, une situation d’exclusivité territoriale d’approvisionnement par exemple, crée une situation de dépendance économique pour autant, elle ne porte aucunement préjudice au distributeur qui se satisfait pleinement d’une telle situation.

Il convient donc de distinguer la dépendance économique au sens du droit social qui est implicitement dommageable de la dépendance économique en droit des contrats et de la distribution, qui est omniprésente. On comprend donc pourquoi cette dépendance ne doit pas être à tout prix éradiquée.

Nous avons vu que l’article L.7321-2 avait été pensé en 1941 dans un contexte économique et politique très particulier et dans le but de protéger spécifiquement certaines catégories de travailleurs à l’image des veuves de guerre vendant des tickets de loterie.

Dès lors, on a du mal à assimiler la fragilité de ces travailleurs d’une autre époque à la situation des commissionnaires ou des franchisés de l’époque actuelle qui sont des commerçants indépendants.

* + 1. Une immixtion déstabilisante du droit du travail

L’immixtion du droit du travail a pour objet de remettre en cause tous les équilibres et les mécanismes que le droit de la distribution a mis des années à élaborer. Le droit de la distribution se suffit ainsi à lui-même et a su ériger ses propres règles autorégulatrices tout en usant avec parcimonie des règles issues du droit commun.

La plupart des contentieux visant une requalification du contrat de distribution en contrat de travail ou d’une application d’un régime du Code du travail ont pour origine la rupture de la relation contractuelle. Le distributeur a l’origine du contentieux préfère se placer sur le terrain du droit du travail qui lui permet d’obtenir une réparation financière conséquente bien qu’aucun lien de subordination n’ait jamais existé ou que le fournisseur n’ait même jamais abusé de la situation de dépendance économique qui pouvait exister.

Or, le litige, s’il devrait y en avoir un, devrait se cristalliser autour de la question de la rupture brutale par exemple, régime bien plus adapté à la réalité économique.

Les nombreuses règles érigées par le législateur afin de pallier les faiblesses du droit de la distribution sont balayées d’un revers de manche par l’immixtion du droit social. Les demandeurs ont en effet tout intérêt à se placer sur le terrain d’un tel contentieux face à la souplesse des juges et aux enjeux pécuniaires du point de vue de la réparation.

* + 1. Les instances régulatrices en droit de la distribution
       1. La Commission d’Examen des Pratiques Commerciales (CEPC)

La loi NRE du 15 mai 2001 a crée la Commission d'examen des pratiques commerciales, instance consultative, placée auprès du Ministre de l'économie et compétente en matière de pratiques restrictives de concurrence (article L. 440-1 du Code de commerce).

Elle a pour objet de veiller à l'équilibre des relations commerciales entre producteurs, fournisseurs et revendeurs. On peut lui transmettre des demandes d’avis dans le cadre de son rôle consultatif sur les documents commerciaux, les contrats et les pratiques concernant ces partenaires économiques. Ainsi, elle peut être saisie par tout producteur, fournisseur et revendeur s'estimant lésé par une pratique commerciale abusive.

La CEPC n’est qu’une simple commission consultative qui ne dispose pas, contraire à l’Autorité de la concurrence par exemple du statut d’autorité administrative indépendante. Elle dispose toutefois d’une faculté d'auto saisine mais pas de pouvoir de décision ni de sanction. Elle peut également être saisie par le ministre de l'Économie, le ministre chargé du secteur économique concerné, le président de l'Autorité de la concurrence, les entreprises, les organisations professionnelles ou syndicales, les associations de consommateurs agréées et les chambres de commerce, des métiers ou d'agriculture. La CEPC peut également être saisie pour avis par les juridictions

* + - 1. L’Autorité de la Concurrence

L’Autorité de la Concurrence a une importante fonction régulatrice à l’égard du secteur de la distribution. En effet, le système économique français et européen est intégralement fondé sur le principe de la liberté du commerce et de l’industrie. Or, la distribution, qui est au cœur du marché nécessite une vigilance accrue.

Le droit de la concurrence, par l’intermédiaire de son organe administratif, l’Autorité de la concurrence veille au respect de la discipline imposée par le droit de la concurrence. Cette autorité administrative indépendance a pour objet de faire respecter l’équilibre entre liberté et absence d’abus de la part des opérateurs les plus puissants.

L’Autorité dispose donc logiquement d’une action répressive à l’égard des pratiques anticoncurrentielles sur le marché et est très vigilante à l’égard des relations entre les opérateurs de distribution. De très nombreux contrats sont ainsi présumés anticoncurrentiels bien que faisant l’objet de règlement d’exemptions : c’est le cas notamment du contrat de franchise par exemple ou encore des contrats de distribution sélective.

* 1. Le droit de la distribution *« un droit contrainte »* [[100]](#footnote-100): une protection de la partie en état de dépendance économique

Le droit de la distribution s’intéresse au sort des parties les plus faibles sans pour autant dénaturer le contrat et porter atteinte à la liberté contractuelle. Il a ainsi prévu une protection à la naissance du contrat (I) puis au cours de l’exécution de ce dernier (II).

* + 1. La protection à la naissance du contrat
       1. L’information précontractuelle

1. La loi DOUBIN

La loi DOUBIN, codifiée à l’article L.330-3 du Code de commerce est aussi extrêmement présente dans les contrats de distribution puisqu’elle prévoit une obligation précontractuelle d’information lourde et complète lorsque le contrat de distribution prévoit la mise à disposition d’un nom commercial, d’une marque ou d’une enseigne, couplée avec une obligation d’exclusivité ou de quasi-exclusivité (phénomène très fréquent en pratique).

La transmission de ces informations doit avoir lieu au moins 20 jours avant la conclusion du contrat.

Le texte dispose ainsi : « *Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause.*

*Ce document, dont le contenu est fixé par décret, précise notamment, l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités.*

*Lorsque le versement d'une somme est exigé préalablement à la signature du contrat mentionné ci-dessus, notamment pour obtenir la réservation d'une zone, les prestations assurées en contrepartie de cette somme sont précisées par écrit, ainsi que les obligations réciproques des parties en cas de dédit.*

*Le document prévu au premier alinéa ainsi que le projet de contrat sont communiqués vingt jours minimum avant la signature du contrat, ou, le cas échéant, avant le versement de la somme mentionnée à l'alinéa précédent. »*

L’article R. 330-3 dudit code énumère les informations qui doivent être transmises et doivent ainsi concerner :

* l’entreprise et son chef d’entreprise
* les mentions obligatoires relatives à l’immatriculation de la société
* la domiciliation bancaire de l’entreprise
* la date de création de l’entreprise ainsi que les étapes de son évolution et de celle du réseau
* l'état général et local du marché des produits ou services devant faire l'objet du contrat et des perspectives de développement de ce marché.
* les comptes annuels des deux derniers exercices
* une présentation exhaustive du réseau d'exploitants

Cette obligation s’impose également à l’occasion de la reconduction du contrat[[101]](#footnote-101), lors de son renouvellement [[102]](#footnote-102) mais également en cas de cession du contrat avec le fonds de commerce du franchisé[[103]](#footnote-103).

En cas de violation de ces articles, le Code de commerce prévoit à l’article R. 330-2 que le fournisseur sera alors passible d’une contravention de la cinquième classe.

De plus, l’article L. 330-3 du Code de commerce est un texte d’ordre public et que sur le fondement de l’article 6 du Code civil, sa violation peut conduire à la nullité du contrat lorsque sa violation s’accompagne d’un vice du consentement. Or, en l’absence de remise d’une telle information précontractuelle, il est difficile de prouver l’absence de vice du consentement du candidat.

Les vices du consentement

Dans le droit commun des contrats, les vices du consentement sont les moyens classiquement utilisés pour protéger les parties à un contrat. L’erreur, le dol ou la violence sont ainsi évoqués pour protéger l’intégrité du consentement d’une partie souvent considérée comme plus « faible ».

Dès lors, en tant que contrat, le contrat de distribution se voit naturellement confronté à cette problématique de l’intégrité du consentement. Or, il s’avère que la jurisprudence est particulièrement protectrice à l’égard des candidats désirant intégrer un réseau notamment à l’égard de la question de la remise de « prévisionnels ».

En effet, en vertu de la loi DOUBIN codifiée à l’article L. 330-3 du Code de commerce, le franchiseur doit ainsi transmettre au candidat franchisé un document invoquant les perspectives de développement mais également une présentation de l'état général et local du marché.

Il est en effet pratique courante que dans la phase de négociation précontractuelle, le promoteur d’un réseau remette à un candidat à un contrat de franchise ou un contrat de commission-affiliation un *« prévisionnel »* correspondant aux comptes de résultats prévisionnels basés sur les 5 ou les 10 années suivants la conclusion du contrat de distribution. Ce document a pour principal objet d’attirer le candidat en mettant en avant les durées d’amortissement de son investissement et les opportunités en termes de rentabilité s’offrant à lui découlant de l’intégration du réseau.

Dès lors, le promoteur du réseau a très souvent tendance à optimiser les résultats afin de communiquer la meilleure présentation possible des résultats d’exploitation prévisionnels tout en sachant que ces derniers ne sont pas forcément réalistes. Il s’agit d’un contentieux extrêmement fréquent en droit de la franchise puisque de très nombreux franchisés agissent contre leurs anciens franchiseurs sur le terrain des vices consentement et notamment sur le dol fondé sur la transmission de prévisionnels volontairement erronés.

Or, le dol en droit commun correspond à une manœuvre d'un cocontractant dans le but de tromper son partenaire et induire une erreur dans son esprit le poussant à contracter.

Dès lors, des prévisionnels ou plus généralement des informations enjolivant quelque peu la réalité ne semble pas réellement constituer des « manœuvres dolosives ».

Pourtant, *« manque à son obligation précontractuelle, le franchiseur qui établit une étude annonçant un chiffre d’affaires prévisionnel qui s’avère finalement surévalué à hauteur de 40% par rapport au résultat finalement obtenu par le franchisé » [[104]](#footnote-104)*

La Cour de cassation a également eu l’occasion de considérer au visa de l’article 1110 du Code civil, qu’en l'absence de pratiques dolosives avérées, l'écart entre le chiffre effectivement généré et le prévisionnel remis par le franchiseur était important et significatif et que partant le franchisé avait commis une erreur sur la rentabilité. L’erreur étant substantielle, la nullité du contrat a été prononcée : *« Attendu qu'en se déterminant ainsi, après avoir constaté que les résultats de l'activité du franchisé s'étaient révélés très inférieurs aux prévisions et avaient entraîné rapidement sa mise en liquidation judiciaire, sans rechercher si ces circonstances ne révélaient pas, même en l'absence de manquement du franchiseur à son obligation précontractuelle d'information, que le consentement du franchisé avait été déterminé par une erreur substantielle sur la rentabilité de l'activité entreprise, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision[[105]](#footnote-105) »*

La durée du contrat

En dépit du principe de liberté contractuelle qui irrigue le droit des contrats français, le législateur est intervenu par la loi du 14 octobre 1943 pour limiter la durée des clauses contractuelles d’exclusivité à 10 ans. L’article L330-1 du Code de commerce limite la durée des clauses d’exclusivité à 10 ans ce qui est plus sévère que le droit communautaire qui ne prévoit lui qu’une limitation de 5 ans[[106]](#footnote-106)

L’article 1er de la loi de 1943 devenu l’article L. 330-1 du Code de commerce dispose ainsi : *« Est limitée à un maximum de dix ans la durée de validité de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, cessionnaire ou locataire de biens meubles s'engage vis à vis de son vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur. »*

Or, la majorité des contrats de distribution, pour des raisons de pragmatisme comportent des clauses d’exclusivité.

Bien que la sanction ne soit pas clairement définie par un texte, cette disposition a clairement pour effet de protéger le distributeur d’un engagement contractuel trop long. La sanction est toutefois incertaine, puisque si la plupart du temps la caducité de la clause est prononcée, il arrive que les juges prononcent la nullité du contrat[[107]](#footnote-107)

* + 1. La protection dans le cadre de l’exécution du contrat
       1. Les abus en matière de prix

1. L’abus dans la fixation du prix

L’article 1591 du Code civil impose la détermination du prix ou sa déterminabilité pour tous les contrats de vente à défaut, la nullité du contrat est engagée. Toutefois, par cinq arrêts du 1er décembre 1995, l’Assemblée plénière de la Cour de cassation est venue dire que pour les contrats cadre, le prix n’avait pas besoin d’être déterminé ou déterminable.

Toutefois, dans le cadre de cette fixation unilatérale du prix par le fournisseur, l’article 1135 du Code civil est venu encadrer cette liberté puisque le juge se doit de contrôler l’absence d’abus dans le cadre de cette fixation du prix.

Or, l’existence de contrats-cadres est omniprésente dans les relations entre fournisseurs et distributeurs compte tenu de la durée des relations contractuelles.

Ce contrôle de l’abus dans la fixation du prix permet donc de réinstaurer un certain équilibre entre les fournisseurs et les distributeurs.

L’interdiction d’imposer des prix

Le fournisseur ou la tête de réseau ne peut pas imposer de prix de revente au distributeur de ses produits en ce que cela constitue une atteinte frontale au libre jeu de la concurrence et à la loi de l’offre et de la demande. L’imposition d’un prix de commercialisation constitue en effet une pratique restrictive de concurrence réprimée par l’article L. 442-5 du Code de commerce et passible d’une amende de 15.000 euros.

Même en l’absence de clause imposant le respect d’un prix de revente, peut être sanctionné la fourniture de produits avec le prix préimprimé par exemple.

* + - 1. La sanction des pratiques restrictives de concurrence

Le législateur est intervenu afin de garantir la loyauté et la transparence des relations entre professionnels et de pallier les déséquilibres des relations entre partenaires commerciaux.

L’article L. 442-6 prévoit ainsi des sanctions civiles ou pénales à l’égard de ces pratiques considérées comme nocives dans le secteur de la distribution.

Un Commission consultative (la CEPC) a été créée dans cette perspective et les agents de la DGCCRF sont habilités à procéder à des contrôler pour permettre le respect de cette législation.

1. La protection en cours d’exécution du contrat

L’article L. 442-6 du Code de commerce énumère les principales pratiques abusives en matière de relations commerciales :

* L’obtention d’un avantage sans contrepartie financière
* L’obtention d’un avantage comme condition préalable à la passation d’une commande
* La soumission à des obligations créant un déséquilibre significatif
* L’obtention de conditions de vente ou de services manifestement abusives
* La soumission à des obligations limitant la liberté contractuelle du distributeur

La notion de déséquilibre significatif est particulièrement intéressante en ce qu’elle semble transposer juridiquement la notion de dépendance économique. En effet, en sanctionnant la présence d’un déséquilibre significatif dans un contrat en professionnel, le législateur a transposé ce qui était une pratique initialement sanctionnée par le droit de la consommation, droit protecteur de la partie faible.

Or si on se trouve en présence d’un déséquilibre significatif au sein d’un contrat de distribution, il semblerait que cela découle de l’existence d’une situation de dépendance économique empêchant les parties de conclure des clauses équilibrées au sein de leur contrat.

Ces pratiques engagent la responsabilité civile de leur auteur. De plus, la victime ou toute personne justifiant d’un intérêt, ainsi que le ministère public, le ministre de l’économie et le cas échéant le président de l’Autorité de la concurrence, peuvent introduire une action devant la juridiction compétente afin de faire ordonner la cessation des pratiques, de faire prononcer la nullité des clauses ou contrats illicites, demander le recouvrement des sommes indûment versées ou l’indemnisation du préjudice subi.

Enfin, une amende civile pouvant atteindre un montant de 2 millions d’euros est également prévue pour sanctionner ces pratiques. Le montant de l’amende peut être porté au triple du montant des sommes indûment versées, et, en outre, le juge peut ordonner la publication, la diffusion ou l’affichage de sa décision.

La sévérité est donc de rigueur à l’égard de ces pratiques.

La protection à l’issue du contrat

La question de la rupture de la relation commerciale est primordiale. En effet, cette rupture, lorsqu’elle intervient peut avoir des conséquences très préjudiciables pour le distributeur en particulier. Elle est également envisagée par le même texte.

On a cherché à prémunir le distributeur contre l’abus dans la rupture et la brutalité de cette dernière. Si la rupture abusive est délicate à démontrer, les distributeurs se placent très souvent sur le fondement de la rupture brutale.

La rupture abusive est sanctionnée par l’article L. 442-6 I : *« D'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente».*

C’est la situation dans laquelle le fournisseur tente d’obtenir sous la menace de la rupture des conditions notamment tarifaires abusives.

La rupture des relations est également encadrée puisque l’article L.442-6 du Code de commerce sanctionne la *« rupture brutale des relations commerciales établies ».* Si le droit commun sur le terrain de la responsabilité civile délictuelle permet de sanctionner la brutalité de la rupture, les dispositions du Code de commerce sont particulièrement adaptées aux contrats de distribution.

Le régime de la rupture brutale s’applique en cas de rupture brutale, c’est à dire sans préavis écrit d’une relation commerciale dès lors que la rupture ne découle pas de l’inexécution par l’autre partie de ses obligations contractuelles.

Cette protection est relativement large puisqu’elle s’applique même en absence de démonstration d’un état de dépendance économique[[108]](#footnote-108). De la même façon, elle s’applique même en cas de rupture seulement partielle

En termes de sanction, la victime se voit allouer la marge brute qu’elle aurait du réaliser pendant la période du préavis qui aurait du être exécuté

* 1. La remise en cause des modèles de contrats de distribution

Toutes ces atteintes perpétrées à l’encontre du droit de la distribution ont également une incidence sur les contrat de distribution en ce qu’elles constituent autant de freins à l’évolution du droit (I) et conduisent à un retour en force du succursalisme pourtant non favorable d’un point de vue macroéconomique (II).

* + - 1. Un frein aux évolutions du droit de la distribution

1. La remise en cause d’un contrat issu de la pratique : le contrat de commission-affiliation
2. Un contrat d’inspiration civiliste

Selon l'article L132-1 du Code de commerce à son premier alinéa, *« le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant ».*

Selon l'alinéa 2 du même article, le commissionnaire est soumis par renvoi aux règles du code civil relatives au mandat *: « Les devoirs et les droits du commissionnaire qui agit au nom d'un commettant sont déterminés par le titre XIII du livre III du code civil. »*

La particularité du contrat de commission est l’absence de représentation et ce explique le fait que l’on parle parfois du contrat de commission comme d’un contrat de *« représentation imparfaite »*[[109]](#footnote-109).

Selon la jurisprudence constante de la chambre commerciale de la Cour de cassation, le commissionnaire agit en son nom propre, caractéristique essentielle de ce type de contrat[[110]](#footnote-110). Dès lors, il n’agit pas au nom de son commettant[[111]](#footnote-111).

En dépit du renvoi de l’article L132-1 du Code de commerce aux dispositions civiles relatives au mandant, le commissionnaire n’est pas un mandataire.

S’il agit pour autrui il n’agit toutefois pas pour le compte d’autrui. Ainsi, bien que l'identité du commettant venait à être révélée par l’inscription de la marque du commettant sur les produits vendus par exemple, la qualification de contrat de commission ne serait pas pour autant remise en cause[[112]](#footnote-112).

1. Un contrat adapté aux contraintes du droit de la distribution

L’indépendance du commissionnaire écarte sa qualification de préposé puisqu’il n’est pas le subordonné de son commettant bien qu’il agisse pour le compte de ce dernier. Le commissionnaire est un commerçant qui est soumis aux droits et obligations de ces derniers.

Le statut de commissionnaire est donc très intéressant en pratique et parfaitement adapté aux exigences contemporaines du droit de la distribution.

La pratique a adapté le contrat de commission tel qu’il est traditionnellement entendu. Ainsi dans le contrat de commission-affiliation, un commerçant devient le commissionnaire pour la vente des produits d’un commettant mais est également contractuellement lié à ce dernier par un contrat de distribution de type contrat de franchise.

Les enseignes de distribution qui s’étaient tournées vers le modèle de la franchise se sont vite retrouvées confrontées à un problème majeur : l’interdiction des prix imposés

La commission-affiliation permet au fournisseur de conserver la maîtrise des prix de ses produits.

S’il est interdit de fixer les prix à la revente d’un produit, le contrat de commission-affiliation permet de contourner cette interdiction puisque dans cette hypothèse le commissionnaire vend pour le compte du fournisseur et vend le stock de ce dernier[[113]](#footnote-113).

Dès lors, il n’a à supporter ni le coût ni les risques liés au stock dont il n’est à aucun moment le propriétaire juridique. Le commissionnaire n’ayant pas la qualité de revendeur, il doit respecter le prix qui a été fixé par le commettant et cela ne constitue pas une pratique restrictive de concurrence[[114]](#footnote-114). Il s’agit du réel enjeu de l’application de régime de commissionnaire-affilié.

1. L’immixtion du droit du travail dans les contrats de commission-affiliation

La commission-affiliation a à peine passé l’épreuve du feu en étant épargnée par les tentatives de requalification en contrat d’agent commercial avant que le droit du travail ne s’en mêle[[115]](#footnote-115). Un commissionnaire-affilié propriétaire de son fonds de commerce s’est ainsi vu appliquer le régime des gérants de succursale [[116]](#footnote-116)

En effet, l’application des articles L. 7321-1 et suivants du Code du travail découlent des contrôles exercés par le commettant à l’égard des conditions de commercialisation des produits. Les juges ont alors appliqué le régime du droit du travail à ce contrat qui remplissait selon eux les conditions d’application du texte.

Les produits vendus étaient ainsi livrés au sein de point de vente avec un prix déjà imprimé sur leurs étiquettes. Or, dans un contrat de commission-affiliation, le commissionnaire n’est pas un revendeur et appliquer un régime de faveur cherchant à éviter l’imposition des prix aux revendeurs n’a pas de sens. La requalification en contrat de travail est relativement délicate à démontrer contrairement à la demande de requalification du contrat en contrat de gérant de succursale.

Ainsi, les demandeurs se fondent très souvent sur l’article L. 7321-1 à titre subsidiaire : *« Madame P. ne saurait valablement soutenir être soumise à un lien de subordination juridique alors que les diverses contraintes imposées par la société D. ne résultent que des relations commerciales les liant qui ne correspondent qu’à une certaine dépendance économique. Il ne sera donc pas fait droit à la demande de requalification dudit contrat en contrat de travail et à la demande d’indemnité de requalification. Néanmoins en vertu des dispositions des articles L.7321-1 et L. 7321-2, Madame P. bénéficie des dispositions du Code du travail [[117]](#footnote-117) ».*

Dès lors, à défaut de lien de subordination, l’existence d’une dépendance économique suffit à appliquer le droit du travail à un contrat de commission-affiliation.

L’immixtion du droit du travail en l’espèce n’a pas pour effet de protéger le commissionnaire-affilié qui n’est pas en situation de dépendance économique subie mais bel et bien de porter atteinte au régime du contrat de commission-affiliation. Ce dernier présente pourtant bien des avantages sur le plan économique, tant pour le commettant qui reste maître de sa politique commerciale que pour l’affilié qui ne supporte pas les risques financiers.

L’atteinte frontale portée au statut de gérant-mandataire

1. La genèse du statut de gérant-mandataire

Le contrat de gérance-mandat est un contrat issu de la pratique et consacré par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005.

Le législateur a voulu créer un statut à mi-chemin entre l’entreprenariat et le salariat et volontairement écarter l’application du droit du travail[[118]](#footnote-118).

Selon l’exposé des motifs de la loi, le but de cette dernière est de « *sécuriser les actifs exerçant une profession de manière autonome en développant des formes d'activité intermédiaire entre le salariat et l'entreprenariat (…), combler un vide juridique, confortant ainsi la situation des gérants mandataires qui disposent d'une très grande latitude dans la conduite de leur activité sans être cependant propriétaires de leur outil de travail* ».

Le législateur semble évoquer sciemment le « vide juridique » alors même que les articles L.7321-2 et L.7322-1 du Code du travail prévoient des statuts spécifiques pour les gérants de succursale. Ainsi, il semble considérer qu’il n’existait pas de régime spécifique de gérance ne recourant pas à l’application du droit du travail. Il s’agissait dès lors de stigmatiser l’application du droit du travail.

De plus, la rédaction de la loi écarte expressément tout lien avec le droit du travail : « *Les dispositions du présent chapitre ne sont pas applicables aux professions régies par le chapitre II du titre VIII du livre VII du code du travail ».*

1. Un statut favorable aux gérants-mandataire

Le statut du gérant-mandataire est prévu depuis la loi du 2 août 2005 par l’article L. 146-1 du Code de commerce qui dispose : *« Les personnes physiques ou morales qui gèrent un fonds de commerce ou un fonds artisanal, moyennant le versement d'une commission proportionnelle au chiffre d'affaires, sont qualifiées de "gérants-mandataires" lorsque le contrat conclu avec le mandant, pour le compte duquel, le cas échéant dans le cadre d'un réseau, elles gèrent ce fonds, qui en reste propriétaire et supporte les risques liés à son exploitation, leur fixe une mission, en leur laissant toute latitude, dans le cadre ainsi tracé, de déterminer leurs conditions de travail, d'embaucher du personnel et de se substituer des remplaçants dans leur activité à leurs frais et sous leur entière responsabilité.*

*La mission précise, le cas échéant, les normes de gestion et d'exploitation du fonds à respecter et les modalités du contrôle susceptible d'être effectué par le mandant. Ces clauses commerciales ne sont pas de nature à modifier la nature du contrat.*

*Le gérant-mandataire est immatriculé au registre du commerce et des sociétés et, le cas échéant, au répertoire des métiers. Le contrat est mentionné à ce registre ou à ce répertoire et fait l'objet d'une publication dans un journal habilité à recevoir des annonces légales.*

*Les dispositions du présent chapitre ne sont pas applicables aux professions régies par le chapitre II du titre VIII du livre VII du code du travail. »*

A cheval entre les deux statuts, on pourrait apparenter le gérant mandataire à un travailleur indépendant économiquement dépendant puisque sa dépendance à l’égard du mandant est difficilement discutable. Toutefois, le problème de ce statut est justement l’absence de prise de risques.

En effet, le propre de tout travailleur indépendant est l’exercice d’une activité à ses risques et périls contrairement au salarié qui ne supporte pas les risques en contrepartie de son état de subordination. Les juges sont donc particulièrement suspicieux à l’égard de ce régime qui peut déguiser des situations de salariat en travail indépendant. Il s’agit toutefois d’un régime relativement favorable aux mandataires qui sont ainsi protégés des risques économiques de leur activité tout en bénéficiant d’une certaine indépendance.

De plus, le législateur a prévu une commission minimale au profit du gérant mandataire sur le même principe que le SMIC (article L. 146-3 du Code de commerce) et une indemnité de fin de contrat correspondant au montant des commissions perçues pendant les six mois précédant la résiliation du contrat.

Ainsi, alors même que ce régime avait été crée pour mettre un terme à l’immixtion du droit social à l’égard des distributeurs, les arrêts appliquant le droit social se sont multipliés, portant ouvertement atteinte à l’esprit de la loi et du législateur.

1. L’immixtion du droit du travail à l’égard des gérants-mandataires

Il convient de rappeler une nouvelle fois que la dénomination d’un contrat ne s’impose pas aux juges et qu’une requalification en contrat de travail est toujours envisageable s’il s’avère qu’il s’agit de la nature réelle de la relation contractuelle. Une fois n’est pas coutume, les juges utiliseront un « faisceau d’indices ». Or, le statut de gérant-mandataire écartait expressément cette possibilité à l’égard d’un régime déjà favorable pour le mandataire et ayant prévu des mécanismes de protection inspirés par le droit social (rémunération minimale, indemnité de fin de contrat).

De plus, par la loi du 23 juillet 2010 a ajouté l’alinéa suivant pour atténuer les risques de requalification : « *La mission précise, le cas échéant, les normes de gestion et d'exploitation du fonds à respecter et les modalités du contrôle susceptible d'être effectué par le mandant. Ces clauses commerciales ne sont pas de nature à modifier la nature du contrat. »*

Le rapporteur de loi à l’Assemblée Nationale a précisé que cela avait pour but d’éclairer le juge sur ce statut et le distinguer du contrat de travail[[119]](#footnote-119).

Des arrêts sont toutefois intervenus en 2012 sans que les faits ne soient pour autant soumis à la nouvelle rédaction du texte dans lesquels les juges ont requalifié le contrat en contrat de travail : « *que la Société FIVENTIS avait, selon les stipulations du contrat de franchise, imposé à Monsieur X des obligations détaillées et applicables de bout en bout dans les relations avec les clients, renforcées ensuite par des instructions tout aussi détaillées, que transformé en simple agent d'exécution, l'intéressé ne disposait d'aucune autonomie qu'en résiliant le contrat, la société avait fait usage de son pouvoir de sanction. Qu'en l'état de ces constatations, la Cour d'Appel a pu en déduire, sans oublier de retenir que les sociétés JPB CONSEILS et JPB COURTAGE avaient un caractère fictif que Monsieur X se trouvait dans un lien de subordination à l'égard de la société FIVENTIS caractérisant un contrat de travail.*[[120]](#footnote-120)»

Il convient donc de rester vigilent par rapport à l’attitude des juges en ce qui concerne ce statut de gérant-mandataire afin de voir si ces derniers ont enfin compris le message du législateur.

* + - 1. Le retour du succursalisme au détriment du développement économique des réseaux de distribution

1. Le modèle succursaliste en droit de la distribution : première étape du développement d’un réseau

Les points de vente succursalistes sont détenus directement par le fournisseur tête de réseau et constituent des établissements juridiquement dépendants de ce dernier. Ainsi chaque point de vente appartient juridiquement et financièrement à la tête de réseau.

Cela présente l’avantage de permettre la maîtrise du réseau de distribution, de maîtriser la politique commerciale, la politique de prix, la politique de développement…

Toutefois, ce modèle d’intégration est fort coûteux et en l’absence de trésorerie conséquente, il est difficile de mettre en place un maillage territorial optimal du territoire en matière d’implantation de points de vente. C’est le véritable problème des jeunes réseaux de distribution notamment qui ne peuvent se permettre d’opter pour un tel modèle si ce n’est à l’égard d’un point de vente « pilote ».

Le succursalisme n’est pas à éradiquer totalement en ce qu’il est nécessaire que le promoteur d’un réseau dispose d’au moins un point de vente pilote afin de tester son concept, le faire évoluer, analyser la clientèle… Il s’agit de la première étape dispensable dans le cadre du lancement d’un concept et le préalable au développement du réseau.

Le modèle succursaliste en droit de la distribution : frein au développement économique d’un réseau

Le succursalisme conduit à annihiler le développement économique et financier des réseaux de distribution en ce qu’il limite le développement à quelques points de vente.

En effet, rare sont les réseaux disposant d’une surface financière telle qu’ils puissent posséder en leur nom propre plusieurs centaines de points de vente. Le succursalisme est coûteux du point de vue de l’acquisition du fonds commercial mais également du point de vue des salariés présents au sein du point de vente succursaliste.

Dès lors, un tel développement s’avère nécessairement restreint et très loin du développement des réseaux de distribution qui ont fait le choix de se développer par l’intermédiaire de distributeurs indépendants.

Le succursalisme ne permet pas d’intensifier, du moins, rapidement un maillage commercial sur un territoire géographique.

Le recours à des distributeurs indépendants permet à l’enseigne d’être présente, à moindre coût dans des localités bien plus nombreuses mais surtout sans supporter le poids et le risque financier de l’activité.

L’enseigne bénéficie donc d’une croissance et d’un développement rapides, d’une visibilité accrue et surtout de coûts d’exploitation diminué. De plus, elle bénéficiera de ressources financières supplémentaires à l’image des redevances d’enseigne, du droit d’entrée dans les contrats de franchise…

La multiplication des points de vente n’entraîne pourtant avec elle que des effets économiquement bénéfiques à savoir l’accroissement des volumes d’achat et les remises et consécutives.

1. A la recherche d’une troisième voie pour les contrats de distribution ?

La situation actuelle n’est pas pérenne et doit évoluer si le droit de la distribution et ses contrats ne veulent pas disparaître à tout jamais.

Dès lors, si une pluralité de solutions sont envisageables (§1), il est judicieux de s’inspirer des solutions envisagées par d’autres Etats européens confrontés aux mêmes problématiques (§2) avant de s’interroger eu égard à la reconnaissance juridique des travailleurs économiquement dépendants (§3).

* 1. Une pluralité de solutions envisageables

Il convient de voir en quoi cette évolution est nécessaire (I) avant d’analyser les évolutions possibles (II).

* + 1. Une évolution nécessaire
       1. Les enjeux en cause

Le réel enjeu de l’application du droit du travail aux contrats de distribution reste la protection de la situation de dépendance économique des opérateurs du monde de la distribution. La situation de dépendance économique peut conduire à des abus et le juge puis le législateur ont cru bon de devoir intervenir pour protéger la partie faible.

Nous avons toutefois vu que les modalités de cette protection telles qu’elles sont actuellement envisagées portent grandement atteinte au droit de la distribution sur le plan idéologique et théorique mais plus largement au monde de la distribution dans son ensemble. Il est donc nécessaire.

* + - 1. L’incidence du choix d’une subordination juridique au détriment d’une subordination économique

Si le contrat de travail français a pour essence l’existence d’un lien de subordination, le législateur n’a jamais expressément tranché sur la nature de ce lien de subordination[[121]](#footnote-121).

La subordination peut ainsi tout aussi bien être juridique qu’économique. Il est vrai que la conception économique de la subordination s’avère extrêmement large et conduirait à considérer comme salarié tout travailleur exerçant une activité pour subvenir à ses besoins.

Par prudence, le droit français a tranché en faveur d’une conception juridique de la subordination par la voix des magistrats de la Cour de cassation : «*l’exécution d’un travail sous l’autorité d’un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d’en contrôler l’exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné »[[122]](#footnote-122).*

Dès lors, il est nécessaire de partir de ce postulat pour appréhender les évolutions possibles de la situation. Il n’est pas possible de considérer que le droit français du travail a adopté une conception économique du lien de subordination permettant d’appréhender largement toutes ces situations de dépendance.

Toutefois, plusieurs solutions sont envisageable pour appréhender au mieux l’existence des ces travailleurs indépendants mais économiquement dépendants[[123]](#footnote-123).

* + 1. Les possibles évolutions
       1. Première solution : maintenir la summa divisio entre travailleur salarié et travailleur indépendant

Dans cette hypothèse, il est inutile de créer des régimes de protection adaptés aux travailleurs indépendants mais économiquement dépendants.

Il convient de leur appliquer les règles de protection issues du droit commun ou même les grands principes du droit tels que la bonne foi ou la loyauté. Cette solution semble peu adaptée car le travailleur économiquement dépendant (au sens juridique du terme) mérite une protection.

Cela conduirait à l’abrogation des régimes hybrides prévus par le Code du travail, à savoir les régimes des articles L. 7321-1 et L. 7322-1 sans pour autant clarifier une situation qui n’est aujourd’hui plus viable. On peut penser que le juge, ému de la situation de dépendance de certains distributeurs appréhendera alors la requalification en contrat de travail, seule alternative résiduelle avec beaucoup plus de souplesse. Il y aurait un retour à la situation actuelle avec l’immixtion du droit du travail, non prévu initialement par les parties au contrat.

* + - 1. Deuxième solution : créer une troisième catégorie juridique

On pourrait créer à côté du travail salarié et du travail indépendant une catégorie regroupant le travail parasubordonné ou les travailleurs économiquement dépendants. C’est le choix que semblent opérer certains pays comme l’Allemagne ou l’Italie.

Cette solution présente l’inconvénient d’ajouter de la complexité à l’égard de qualifications déjà délicates et de redéfinir avec précision chaque catégorie ce qui ne semble pas être aisé. En effet, il suffit d’observer la catégorie des salariés en droit français pour se rendre compte de son absence d’homogénéité. Dès lors, la création d’une nouvelle catégorie à côté de catégories qui ne sont pas homogènes semble être une solution périlleuse.

* + - 1. Troisième solution : étendre la notion de salariat

Cette solution consiste à mettre à jour la notion de travail salarié en l’adaptant au contexte économique et social modifié et en recourant à d’autres critères de subordination. Cela va dans le sens du constat de l’autonomisation croissante des salariés.

Ainsi, cette catégorie regrouperait les travailleurs dépendants qui bénéficient d’une marge d’autonomie plus ou moins importante.

Cette proposition conduit à étendre le champ d’application du droit social à outrance et compte tenu des lourdes conséquences notamment financières de l’application du droit social, on peut penser qu’elle n’est pas adaptée aux réalités et au pragmatisme du secteur de la distribution.

* + - 1. Quatrième solution : la création d’un socle commun de droits sociaux applicables dans tous les rapports de travail

La doctrine juridique européenne y est favorable. On mettrait ainsi en place un socle commun minimum de protection et les droits évolueraient en fonction des besoins de chaque catégorie de travailleur.

Alain Supiot a émis cette solution dans son Rapport pour la Commission européenne intitulé « Au-delà de l’emploi » de 1999.

On aurait alors un premier cercle composé des droits sociaux universels garantis à tous, un deuxième cercle relatifs aux droits du travail non professionnel, un troisième cercle avec le droit commun de l’activité professionnelle et enfin un quatrième cercle du droit propre au travail. C’est également la position qui est privilégiée par Adalberto Perulli dans son rapport européen de 2002 sur les indépendants économiquement dépendants.

* 1. La protection du travailleur dépendant en Europe

La protection du travailleur dépendant a été appréhendée ailleurs en Europe et notamment en Allemagne (I), au Royaume-Uni (II), en Italie (III) et en Espagne (IV).

* + 1. L’Allemagne

En 1974, le législateur allemand a discriminé une catégorie de travailleurs : les “Arbeitnehmeränliche Person”, travailleurs économiquement dépendants.

Il s’agit de travailleurs non salariés ayant toutefois un besoin de protection similaire à celui des salariés de droit commun compte tenu de la situation de dépendance économique dans laquelle ils se trouvent à l’égard de leur commanditaire.

Ces travailleurs sont ceux qui exécutent leur prestation au profit d’un seul commanditaire ou bien reçoivent de la part d’un commanditaire plus de la moitié de leurs revenus relatifs au travail exécuté

En Allemagne, le législateur a assimilé au salarié, le travailleur en état de dépendance économique dans le champ d’application du droit de la sécurité sociale.

Le droit de la sécurité sociale allemand appréhende de façon large et souple la notion de salarié puisque ce dernier doit remplir les trois conditions suivantes :

* il doit exécuter son travail sur une longue durée et essentiellement pour le compte d’un seul commanditaire (ce qui illustre la situation de dépendance économique)
* il n’emploie pas un salarié soumis au régime obligatoire de la sécurité sociale dans le cadre de son activité. S’il en emploie un toutefois, sa rémunération ne doit pas dépasser 630 marks par mois (soit environ 300 euros)
* son activité ne comporte pas les caractéristiques typiques d'un commerce d'entreprise
* son commanditaire fait exécuter des activités du même ordre en général par des travailleurs que ce dernier emploie
* son activité correspond à l'activité qu'il exécutait précédemment pour le même commanditaire sur la base du rapport de salariat
  + 1. Le Royaume-Uni

Le droit britannique distingue le travail salarié du travail indépendant grâce à plusieurs critères :   
- le degré d'autonomie dans l'exécution de la prestation

*-* la répartition du risque économique

- les conditions de la signature du contrat ou de “l’embauche”

Ces critères servent également à caractériser une situation de dépendance économique. Le législateur a imaginé une catégorie intermédiaire les “workers” qui comprend à la fois les salariés et ceux qui travaillent pour un employeur sans nécessairement être leur subordonné.  
  
Au Royaume-Uni la protection des travailleurs est organisée en cercles concentriques. La catégorie des « employees »bénéficie du maximum de droits. Les « workers » bénéficient d'une protection en matière de salaire minimum, de durée du travail et de congés.

En 1999 le gouvernement avait annoncé une réduction des différences de protection entre les « employees » et les « workers » en dotant ces derniers des mêmes droits mais aucune disposition n’a encore été prise à ce sujet.

* + 1. L’Italie

Il existe en Italie trois types de travailleurs : les salariés, les travailleurs indépendants et les «parasubordonnés. ».

Le législateur italien a crée en 1973 les “contrats de collaboration coordonnée et continue” dits “co-co-co”.

Dans ces contrats, un collaborateur autonome qui n’est pas salarié fournit une prestation à un employeur de manière coordonnée dans le cadre d’une organisation continue.

En 2003 virent le jour les “contrats de collaboration de projet” dits « co-co-pro ». Ces contrats portent sur un projet dont les différentes phases doivent être définies avec précision.

Dans le cadre de ces deux types de contrats, le régime de rémunération n’est pas aligné sur celui des salariés ni le régime de sécurité sociale

Les titulaires de contrats« co-co-pro » bénéficient de garanties en cas de grossesse, de maladie, d'accidents du travail et de retraite et l’écart de protection avec les salariés se réduit ainsi.

* + 1. L’Espagne

Le législateur espagnol est intervenu par une loi du 11 juillet 2007 pour mettre en place des règles applicables aux travailleurs autonomes et créer une catégorie à part : le “ travailleur autonome économiquement indépendant”.

Les droits de ces derniers se rapprochent des salariés. Il s’agit des travailleurs qui “exercent une activité économique ou professionnelle à but lucratif, de manière habituelle, personnelle, directe, et de manière prépondérante, au profit d'une personne physique ou morale, dénommée cliente, dont ils dépendent économiquement pour percevoir au moins 75 % des revenus de leur activité professionnelle ».

Les conditions de reconnaissance de la dépendance économique sont les suivantes :

- ne pas être soi-même employeur de salariés et ne pas sous-traiter une partie de son activité   
- ne pas exercer son activité d'une manière qui ne permette pas de la distinguer de celle qu'exercent d'autres personnes au bénéfice du client

- disposer d'une infrastructure productive et matérielle propre, distincte de celle du client ;  
- déterminer soi-même l'organisation du travail, sans préjudice des indications techniques éventuellement fournies par le client ;

- percevoir une contrepartie économique en fonction du résultat de l'activité, conformément à la convention passée avec le client, en assumant les risques de l'activité.

Le contrat doit expressément mentionner la qualité de “travailleur autonome économiquement dépendant”.

Ce dernier a alors droit aux congés et à une limitation des heures supplémentaires à 30 % de la durée prévue au contrat.

* 1. La reconnaissance par le droit de la catégorie des travailleurs économiquement dépendants

La solution la plus adaptée semble être celle de la création d’une nouvelle catégorie juridique de travailleurs (I) bien que cette proposition soit également critiquée et critiquable (II). Toutefois, cette catégorie si elle est créée, pourrait mettre en place un régime de protection inspiré du régime du mandat d’intérêt commun (III) et reprenant à son profit le concept de fraude à la loi (IV).

* + 1. La création d’une nouvelle catégorie juridique homogène
       1. La solution privilégiée par Paul-Henri ANTONMATTEI et par Jean-Christophe SCIEBERRAS

Le flou artistique semble régner en France. Le législateur multiplie ainsi les régimes juridiques protecteurs au profit de distributeurs indépendants qui se voient ainsi appliquer des dispositions du Code du travail alors même qu’ils ne sont pas salariés. Le législateur et le juge protègent ainsi l’état de dépendance économique sans jamais l’afficher ouvertement.

Les régimes ont des contours flous, certains se chevauchent même tant leurs conditions d’application sont imprécises.

Les régimes juridiques crées à cet effet sont donc hybrides, ils tendent à appliquer le droit social à des travailleurs indépendants. Le droit français en effet, ne connaît que deux principales catégories de relations de travail : le travail salarié sur la base d’un contrat de travail et le travail indépendant fondé notamment sur le droit commun des contrats voire le droit commercial.

Un rapport rédigé par Paul-Henri ANTONMATTEI et par Jean-Christophe SCIEBERRAS a été remis au Ministre du Travail, des relations sociales, de la Famille et de la Solidarité en 2008. Il propose de créer une troisième catégorie de relation de travail, elle concernerait ainsi les « travailleurs économiquement dépendants »[[124]](#footnote-124).

Le travailleur économiquement dépendant serait un véritable travailleur indépendant et aucunement un salarié « déguisé » en travailleur indépendant. Dès lors, s’il n’existe pas de lien de subordination, il s’avère que cette catégorie de travailleurs correspondrait à un travailleur juridiquement indépendant mais économiquement dépendant.

Les auteurs insistent sur le fait que, selon eux, ce travailleur doit exercer seul son activité et non sous la forme d’une société idoine mais il convient de ne pas écarter l’application du statut aux sociétés afin d’éviter les stratégies juridiques visant à évincer l’application du statut des travailleurs indépendants.

Trois critères permettent selon les auteurs d’identifier un travailleur économiquement dépendant :

* Le critère du chiffre d’affaires : les auteurs proposent un seuil de 50% du chiffres d‘affaires avec le « client » pour retenir la dépendance économique à son égard
* Le critère de la durée de la relation d’activité : le rapport propose la durée de deux mois continus pour caractériser l’existence d’une dépendance économique
* Le critère de la dépendance de l’organisation productive du travailleur par rapport à l’activité du donneur d’ordres. Cela conduit à analyser les conséquences de la fin de la relation pour le travailleur compte tenu notamment du faible nombre de clients ou des spécificités liées à son activité

Il n’est pas précisé dans le rapport si ces critères sont ou non cumulatifs.

Pour résumer, le travailleur économiquement dépendant serait un travailleur indépendant exerçant seul son activité, percevant au moins 50% de ses revenus d’un « client » et exécutant une activité directement adaptée à celle de son client.

Ces travailleurs bénéficieraient du régime général de la sécurité sociale mais également des droits fondamentaux que sont les dispositions relatives aux discriminations, à la négociation collective, au droit de grève et à la formation professionnelle.

Toutefois, le principe du respect d’une rémunération minimale comme le SMIC est écarté au profit du respect d’une « rémunération raisonnable », notion plus souple mais également beaucoup plus abstraite. Il est envisagé le recours à un écrit relatif aux modalités de la prestation de travail et l’encadrement de la fin de la relation. Ainsi, si les règles relatives au licenciement ne s’appliquent pas mais le client serait tenu de respecter un préavis et d’indemniser le travailleur à hauteur de 10% du chiffre d’affaires réalisé pendant le contrat.

Ces propositions ne sont pas isolées puisque la Commission européenne a déjà envisagé ce statut spécifique de travailleur économiquement dépendant[[125]](#footnote-125).

La Commission européenne s’inquiète pour ces travailleurs occupant une « zone grise » entre droit commercial et droit social.

En effet, d’autres pays européens sont confrontés à ce problème qui est intimement lié aux évolutions économiques contemporaines. Dès lors, l’Italie, l’Espagne ou encore l’Allemagne ont pris les devants et ont légiféré à ce sujet.

* + - 1. Les critiques formulées à l’égard de cette proposition

Selon Jacques Barthélémy, cette nouvelle catégorie juridique n’en serait pas pour autant souhaitable[[126]](#footnote-126) : *« une telle catégorie intermédiaire présente un inconvénient sérieux : celui de remplacer une frontière floue par deux qui le seront tout autant, qui le seront même davantage dans la mesure où le fondement de la différence ne sera pas, comme l’est la subordination juridique pour la distinction entre salariés et indépendants, une fonction ou une profession, mais un type de relation avec le donneur d’ordre. »*

En effet, s’il est parfois délicat de distinguer le salarié du travailleur indépendant, tant leurs frontières sont poreuses, cette nouvelle catégorie juridique ne va pas pour autant simplifier les choses.

De plus, la prise en compte de la dépendance économique par le législateur ne serait pas nouvelle à l’égard notamment des distributeurs. Le statut protecteur du VRP ou du gérant de succursale par exemple n’a-t-il pas été crée en vue de compenser la précarité de ces travailleurs, économiquement dépendants mais juridiquement indépendants ?

Toutefois, ces régimes répondent à des conditions d’application précises et ne sont pas adaptées à toutes les situations. Créer un statut général du « travailleur économiquement dépendant » aurait le mérite d’englober l’ensemble des travailleurs méritant une protection tout en allégeant les conditions d’application et en évitant les enchevêtrements de textes.

La France est en retard en ce qui concerne l’appréhension par le droit de la catégorie des travailleurs indépendants économiquement dépendants puisque plusieurs pays de l’Union Européenne ont déjà légiféré et fait preuve d’innovation juridique en la matière.

* + 1. La redécouverte de la notion de mandat d’intérêt commun au profit de cette nouvelle catégorie de travailleurs ?

Le mandat d’intérêt commun est une construction intellectuelle et juridique issue de la jurisprudence qui peut largement être utilisée dans le secteur de la distribution. Il s’agit d’un mandat dont la réalisation de l’objet présente un intérêt tant pour le mandant que pour le mandataire du point de vue de la création et du développement de la clientèle et plus largement en termes d’essor de l’entreprise[[127]](#footnote-127). Il s’agit d’un contrat de mandat dans lequel le mandataire trouve un intérêt autre que sa simple rémunération.

Or, le distributeur, même en qualité de mandataire du fournisseur dans un contrat de distribution peut se voir reconnaître la qualité de commerçant propriétaire de son fonds de commerce. Dès lors, l’essor des ventes et le développement de la clientèle a une incidence sur la valeur de ses actifs incorporels et plus largement de son fonds de commerce.

La qualification de mandat d’intérêt commun emporte un traitement différent du contrat de mandat de droit commun qui autorise la révocation du contrat *ad nutum*. Le mandataire d’intérêt commun a en effet *« droit à une indemnité compensatrice du préjudice subi* »[[128]](#footnote-128) quand la rupture n’est pas justifiée par une cause légitime, à savoir par exemple la faute du mandataire.

Or, le réel enjeu de la dépendance économique et donc de la protection des distributeurs économiquement dépendants résulte des conséquences dramatiques que peut engendrer une rupture de la relation commerciale à son égard.

Dès lors, la solution pourrait être de reconnaître et de créer une catégorie des travailleurs économiquement dépendants et de leur appliquer un régime inspiré du mandat d’intérêt commun, à savoir un régime protecteur en cas de rupture du contrat. C’est sur ce modèle qu’a été notamment conçu le régime de l’agent commercial, régime juridiquement cohérent s’il n’avait pas subi les assauts protectionnistes de la jurisprudence.

* + 1. Le cantonnement du droit social à l’hypothèse de la fraude à la loi ?

Si cette catégorie juridique est créée et qu’elle s’inspire des dispositions protectrices du mandat d’intérêt commun, il faut garder à l’esprit que certaines situations méritent une application du droit social.

En effet, il semble logique de requalifier en contrat de travail un contrat qui a seulement l’apparence d’un contrat de distribution mais qui dissimule toutes les conditions d’application du contrat de travail. Cette dissimulation est souvent intrinsèquement liée à une volonté d’échapper à l’application du droit social et notamment à ses règles strictes et notamment ses conséquences financières.

C’est ainsi l’idée de fraude à la loi qui se cache derrière la procédure de requalification.

L’application des régimes protecteurs des articles L. 7321-2 et L.7322-2 du Code du travail obéit à une logique différente que l’on a du mal à comprendre.

Elle vise en effet à appliquer le droit du travail à des personnes qui ne sont pas liées par un contrat de travail et donc pas soumises de droit aux dispositions protectrices du droit du travail. De plus, ni la lettre des textes, ni le juge n’imposent que ne soit démontrée une situation de fraude à la loi.

Dès lors, il semblerait juridiquement plus cohérent de cantonner l’application des dispositions protectrices du droit social aux seules hypothèses dans lesquelles le fournisseur a volontairement voulu se soustraire à ces dispositions qui pourtant devaient s’appliquer.

Conclusion

L’existence d’une dépendance économique entre le fournisseur et son distributeur semble être le leitmotiv qui pousse le législateur et le juge à intervenir au sein de leurs relations contractuelles. Cet interventionnisme est dangereux et porte atteinte aux grands principes fondamentaux de notre droit que sont la liberté contractuelle ou encore l’autonomie de la volonté.

La voie royale qui a été trouvée est celle de l’utilisation à outrance du droit social, droit par essence protecteur de la partie faible en situation de dépendance économique.

Pour autant, cette dépendance économique, si elle semble inhérente aux relations de travail, ne constitue pas en soi un critère de qualification du contrat de travail. Le critère déterminant de qualification d’une relation contractuelle de travail est l’existence d’un lien de subordination juridique.

Or, l’immixtion du droit social dans les contrats de distribution s’est fait sans même que le législateur ou le juge n’aient exigé l’existence d’un lien de subordination. En effet, cela s’explique par le fait que ce lien s’avère totalement incompatible avec l’esprit et la pratique du droit de la distribution et des relations entre ces opérateurs.

Dès lors, cette intervention forcée du droit social avait pour but de protéger la dépendance économique dont était victime le distributeur et c’est ce critère de la dépendance économique qui est venu justifier dans l’esprit et dans la lettre l’immixtion du droit social. A l’égard des contrats de distribution, la démonstration d’une dépendance économique semble désormais suffire à permettre les requalifications en contrat de travail ou l’application des dispositions protectrices du droit du travail faute d’existence d’un lien de subordination juridique. En effet, si la dépendance économique est très souvent intimement liée à la subordination juridique, il n’est pas possible de considérer qu’à l’inverse la dépendance économique induise de façon systématique l’existence d’un lien de subordination.

Pourtant, la tendance législative et jurisprudentielle à l’égard du droit social semblait être revenue à plus de raison notamment lorsque les juges ont abandonné le critère jurisprudentiel du « *service organisé* » destiné à reconnaitre l’existence d’un lien de subordination au profit du faisceau d’indices. Cette évolution semblait aller dans le sens d’une approche plus pragmatique et mesurée des relations contractuelles au sein du monde économique.

En réalité, il n’en est rien et les praticiens et les acteurs du monde économique assistent, impuissants, à l’immixtion caractérisée du droit social au sein de la sphère libérale du secteur de la distribution. Pourtant, ce secteur dispose de ses propres réglementations, de ses propres usages, de ses propres régulations au sens économique du terme. Il serait illusoire de prôner la doctrine libérale du *« laisser faire, laisser passer »* chère à Vincent de Gournay. Le développement des réglementations et plus généralement du droit de la concurrence démontre l’idée selon laquelle le législateur et le juge ont un rôle à jouer au sein de l’économie.

En définitive, il s’avère que le droit social souffre également de cet interventionnisme en ce qu’il remet en cause son champ d’application mais aussi plus largement son esprit. Ce droit ne régit plus seulement les relations classiques entre employeur et salarié, il en vient à régir les relations entre commerçants indépendants, à s’appliquer à des professionnels indépendants comme les artistes ou les mannequins. Cette malléabilité de ce droit n’est pas synonyme de souplesse en ce qu’elle vient remettre en cause sa cohérence et affaiblit sa spécificité qui était celle de s’appliquer aux salariés de droit commun.

Or, en devenant la norme, le droit social abandonne doucement la sphère le cantonnant à la qualification de « droit spécial » au profit de la sphère du « droit général ».

De plus, appliquer le droit social en l’absence même d’un quelconque lien de subordination revient à dénaturer l’essence même du droit social.

L’analyse du droit comparé ouvre le champ des possibles et on peut penser que l’une des solutions pour sortir de cette situation inextricable serait la création d’une troisième catégorie de travailleurs qui ne serait pas expressément soumise au droit social.

Dès lors, il s’agirait de s’inspirer des règles protectrices du droit social sans pour autant porter atteinte aux contrats de distribution en prenant en compte les impératifs de ces derniers.

Jacques BARTHELEMY parle de « *parasubordination*» lorsqu’il évoque cette troisième voie, à cheval entre le salariat et l’entreprenariat. C’est la voie qui a été choisie par plusieurs pays européens[[129]](#footnote-129).

Bibliographie

**Ouvrages généraux et spécialisés**

ANDRE Marie-Elisabeth, « Gérants-mandataires de succursales », *J.-Cl. Fonds de commerce*, fasc. 1760, no 66

BARTHELEMY Jacques (2009), *Evolutions du droit social* « une tendance à la contractualisation mais un rôle accru des droits fondamentaux du travailleur », Lamy Axe droit

CHAUVEL Patrick (2008), *Répertoire Dalloz de droit commercial* « Commissionnaire », Dalloz

DALMASSO Raphaël (2011), *« Salariés, travailleurs indépendants et travailleurs économiquement dépendants : vers une troisième catégorie juridique régissant la relation de travail ? »*, Presse universitaire de Nancy

FERRIER Didier (2009), *Droit de la distribution*, Litec

GRIGNON Philippe (2007), *Répertoire de droit du travail* « VRP (Voyageurs, Représentants, Placiers) », Dalloz

LAMY social 2013, Lamy

PESKINE Elsa et Cyril WOLMARK (2013), *Droit du travail*, Dalloz Hypercours

**Sites internet**

<http://www.lefigaro.fr/entrepreneur/2013/03/25/09007-20130325ARTFIG00413-la-franchise-reste-un-modele-solide-dans-la-crise.php>

**Codes**

Code civil

Code pénal

Code du Travail

Code de procédure civile

**Articles, commentaires et notes de jurisprudence**

AMIEL-COSME Laurence (1997), « Requalification d’un contrat de franchise en contrat de gérance salariée par application de l’article L. 781-1, 2° du code du travail », *Recueil Dalloz 1997*

BARTHELEMY Jacques (2008*),* « Du droit du travail au droit de l’activité professionnelle » *Cahiers du DRH juin 2008* n°144 p.35

BINDER Olivier, « Le mythe de la propriété de la clientèle», *AJDI 2001*

BONNET DESPLAN Marie-Pierre (2011), « La commission-affiliation : la menace des requalifications. De l’agent commerciale au gérant de succursale », *Revue Lamy droit des affaires 2011*

BRISSY Stéphane (2006), « L’application du droit du travail aux travailleurs indépendants : un régime juridique cohérent ? », *La semaine juridique social n°5*

CHAUVEL Patrick (2012), « Commissionnaire », *Répertoire Dalloz de droit commercial*

DISSAUX Nicolas (2010), « La gérance-mandat : une troisième voie ? », *Recueil Dalloz 2010* p. 667

FERRIER Didier (2002), « Doit bénéficier de la protection du droit social le salarié qui est subordonné juridiquement au fournisseur », *Recueil Dalloz 2002* p.3007

LAHALLE Thibault (2013), « Application de la législation du travail aux gérants non-salariés de succursales », *La semaine juridique social n°29*

LAHALLE Thibault (2010), « Application de la législation du travail aux gérants non-salariés de succursales », *La semaine juridique social n°8*

LAHALLE Thibault (2006), « Qui peut agir en reconnaissance de la qualité de gérant de succursale ?», *La semaine juridique social n°28*

MAILLARD Sandrine (2009), «Absence de lien de subordination et statut de VRP » à propos de l’arrêt Cass. Sociale du 13 janvier 2009 n°08-40.157, *Dalloz actualité 29 janvier 2009*

MAINGUY Daniel (2013*), «*Faut-il brûler le droit de la distribution », *Recueil Dalloz 2013* p.1222

PESKINE Elsa (2008), « Entre subordination en indépendance : en quête d’une troisième voie », *Revue de droit du travail 2008* p.371

TEYSSIE Bernard (1994), « Sur un fragment de la loi n° 94-126 du 11 février 1994: commentaire de l'article L. 120-3 du Code du travail », *Droit social* 1994 page 667, Dalloz

**Rapports**

ANTONMATTEI Paul-Henri et Jean-Christophe SCIEBERRAS (2008), « Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ? »

ASSEMBLE NATIONALE (2010), *Rapport de l’Assemblée Nationale n°2388* page 134

COMMISSION EUROPEENE (2006), Livre vert *« Moderniser le droit du travail pour relever les défis du 21ème siècle »*

COMMISSION EUROPEENNE (2003), « Travail économiquement dépendant / parasubordination: les aspects juridiques, sociales et économiques » par Adalberto PERRULLI

CSA (2012), *Enquête annuelle de la franchise 9ème édition*

INSEE, rapport *« La situation du commerce en 2012 »*

INSEE PREMIERE (2009), étude *« Les réseaux dans le commerce »*

INSTITUT MONTAIGNE (2012), « Les juges et l’économie : une défiance française » par Pierre CAHUC et Stéphane CARCILLO

Table des matières

Remerciements 3

Sommaire 4

Introduction 5

Première partie : Les enjeux de l’application du droit social aux contrats de distribution 11

1. Des contrats de distribution basés sur l’indépendance 11

1.1 L’importance des contrats de distribution en France 11

1.1.1 La fonction essentielle de la distribution sur le plan économique 11

1.1.2 La dimension macroéconomique de la distribution 12

a. Les principaux chiffres de la distribution en France 12

b. L’emploi dans le secteur de la distribution 13

c. Le dynamisme du secteur de la distribution à travers l’exemple de la franchise 14

1.2 Des contrats au modèle économique largement basé sur l’indépendance 15

1.2.1 La présomption de non-salariat des distributeurs 15

1.2.1.1 La genèse du texte : la volonté de réduire le champ d’application du droit du travail 15

1.2.1.2 La mise en place d’une présomption simple 16

1.2.1.3 Une présomption sans réelles conséquences juridiques 17

*b.* Une indépendance permettant d’éviter aux fournisseurs les inconvénients du salariat 17

1.2.2 Une frontière ténue avec le droit social : des distributeurs soumis au régime des VRP 18

1.2.2.1 La soumission progressive de ces représentants au droit social 18

1.2.2.2 La qualification juridique du contrat de VRP 19

1.2.2.3 Le régime de protection 20

1.2.2.4 Un travailleur mieux protégé qu’un salarié ? 20

2. La protection du distributeur envisagée par le droit social 22

2.1 L’application du droit du travail face à une situation de subordination juridique : la requalification en contrat de travail 22

2.1.1 Les critères du contrat de travail 22

2.1.1.1 Le travail pour le compte d’un employeur 23

2.1.1.2 Le versement d’une rémunération 23

2.1.1.3 L’existence d’un lien de subordination 23

2.1.2 La requalification du contrat de travail opérée par le juge 25

2.1.2.1 Une requalification impérative 25

b. Une requalification qui s’impose aux parties 25

2.1.2.2 Le processus de requalification du point de vue pratique 26

b. Le critère fondamental de requalification : l’existence d’un lien de subordination 27

c. Les indices de l’existence d’un lien de subordination 28

d. Illustration de requalifications de contrats de distribution 29

i. Illustrations en matière de contrat de franchise 29

ii. Illustrations en matière d’agence commerciale 31

iii. Une illustration originale à l’égard du régime de l’article L. 7322-1 du Code du travail 31

2.2 L’application du droit du travail face à des situations de dépendance économique : les régimes de gérant de succursale 32

2.2.1 Le régime des articles L. 7321-2 et suivants du Code du travail 32

2.2.1.1 La genèse du texte initial 32

2.2.1.2 Les conditions d’application du texte 32

b. Le local fourni ou agrée 34

c. Les conditions et prix imposés par le fournisseur 35

d. La question du lien de subordination 36

2.2.2 Illustrations de l’application de ce texte 36

2.2.3 Le régime de l’article L. 7322-2 du Code du travail 37

2.2.3.1 Les conditions d’application du régime de l’article L. 7322-2 du Code du travail 37

b. Une rémunération sous la forme de remises proportionnelles au montant de vente 38

c. La libre fixation des conditions de travail 38

2.3 La création d’un nouveau régime inspiré par les nécessités de la pratique : le gérant-mandataire 39

2.3.1 La genèse du texte initial 39

2.3.2 Un régime issu de la pratique 40

2.3.3 Un contrat d’ordre public inspiré du mandat de droit commun 40

2.3.4 Un contrat proche du salariat en pratique 41

2.3.5 La requalification du contrat de gérance-mandat en contrat de travail 42

2.3.5.1 Une nouvelle intervention législative pour contrer l’interventionnisme travailliste 43

b. Une requalification en contrat de travail toujours envisageable 44

c. La question de l’application du contrat de gérant de succursale 44

3. Les conséquences de l’intervention forcée du droit social 46

3.1 Le cadre général de l’intervention du droit social 46

3.1.1 La question du titulaire de l’action 46

3.1.1.1 Le titulaire de l’action en requalification 46

3.1.1.2 Le titulaire de l’action en application des articles L. 7321-1 et L. 7322-1 du Code du travail 47

3.1.2 La question de la compétence juridictionnelle 47

3.1.3 La question de la prescription de l’action 48

3.2 Les conséquences générales de l’intervention du droit social 49

3.2.1 Les dispositions applicables au distributeur suite à une requalification 49

3.2.1.1 Les dispositions générales 49

b. Le bénéfice des dispositions de la convention collective 50

c. Le droit à la formation 50

d. Le droit à la représentation collective 50

e. La mise en cause de la responsabilité du salarié 51

3.2.1.2 Les dispositions pécuniaires 51

b. Le respect du salaire minimum et le droit à la participation 51

3.2.2 Les dispositions applicables au gérant de succursale assimilé à un salarié 52

3.2.2.1 Un renvoi aux dispositions du Code du travail 52

3.2.2.1 Les modalités d’application du Code du travail aux gérants non salariés 54

b. Dispositions pécuniaires 54

c. La responsabilité du gérant non salarié 55

3.3 Les conséquences en cas d’analyse de la rupture du contrat en un licenciement sans cause réelle et sérieuse 56

3.3.1 Les incidences classiques de la qualification de licenciement sans cause réelle et sérieuse 56

3.3.2 Les incidences découlant des particularités des contrats de distribution 57

3.4 Les conséquences pénales : le délit de travail dissimulé 58

3.4.1 Le risque de condamnation sur le plan pénal 58

3.4.2 Les conséquences de la condamnation pénale 58

Enfin, le salarié victime peut obtenir le paiement d’une indemnité automatique de 6 mois de salaire. 58

Partie II : Une immixtion aux redoutables conséquences 59

1. Une négation de l’indépendance des distributeurs 59

1.1 Une remise en cause de la qualité de commerçant 59

1.1.1 La question de l’application du droit social au titulaire d’un fonds de commerce 60

1.1.1.1 La question de la titularité de la clientèle 60

b. La reconnaissance d’une clientèle au profit du distributeur dépendant économiquement : l’exemple du franchisé 60

1.1.1.2 Les conséquences de la reconnaissance de la titularité de la clientèle 62

1.1.2 Les atteintes aux libertés fondamentales 62

1.1.2.1 L’atteinte portée à la liberté contractuelle 62

b. La nécessaire sanction de cette atteinte 63

1.1.2.2 L’atteinte portée à la liberté d’entreprendre 64

1.2 Une immixtion du droit social basée sur de pures raisons d’opportunité 64

1.2.1 Les atteintes portées à la logique juridique dans la rédaction des textes 65

1.2.1.1 Le laxisme rédactionnel 65

1.2.1.2 Les atteintes au principe d’intelligibilité et de sécurité juridique 66

1.2.2 Les atteintes portées à la logique juridique dans l’application des textes 67

1.2.2.1 La souplesse de l’interprétation des dispositions 67

b. L’illustration de la bienveillance de la jurisprudence : l’application au gérant-mandataire 69

1.2.2.2 La question de l’application du droit social à une personne morale 70

2. La remise en cause du droit de la distribution 72

2.1 Le droit de la distribution, un droit pragmatique qui se suffit à lui-même 72

2.1.1 Une idéologie différente du droit de la distribution 73

2.1.1.1 Le contrat de distribution : un contrat par essence déséquilibré 73

2.1.1.2 Le contrat de distribution : un contrat dénué de lien de subordination 74

2.1.1.3 La question de la dépendance économique dans le contrat de distribution 74

2.1.2 Une immixtion déstabilisante du droit du travail 75

2.1.3 Les instances régulatrices en droit de la distribution 76

2.1.3.1 La Commission d’Examen des Pratiques Commerciales (CEPC) 76

2.1.3.2 L’Autorité de la Concurrence 76

2.2 Le droit de la distribution *« un droit contrainte »* : une protection de la partie en état de dépendance économique 77

2.2.1 La protection à la naissance du contrat 77

2.2.1.1 L’information précontractuelle 77

b. Les vices du consentement 79

c. La durée du contrat 80

2.2.2 La protection dans le cadre de l’exécution du contrat 81

2.2.2.1 Les abus en matière de prix 81

b. L’interdiction d’imposer des prix 82

2.2.2.2 La sanction des pratiques restrictives de concurrence 82

b. La protection à l’issue du contrat 83

2.3 La remise en cause des modèles de contrats de distribution 84

2.3.1.1 Un frein aux évolutions du droit de la distribution 85

i. Un contrat d’inspiration civiliste 85

ii. Un contrat adapté aux contraintes du droit de la distribution 85

iii. L’immixtion du droit du travail dans les contrats de commission-affiliation 86

b. L’atteinte frontale portée au statut de gérant-mandataire 88

i. La genèse du statut de gérant-mandataire 88

ii. Un statut favorable aux gérants-mandataire 88

iii. L’immixtion du droit du travail à l’égard des gérants-mandataires 90

2.3.1.2 Le retour du succursalisme au détriment du développement économique des réseaux de distribution 91

b. Le modèle succursaliste en droit de la distribution : frein au développement économique d’un réseau 91

3. A la recherche d’une troisième voie pour les contrats de distribution ? 93

3.1 Une pluralité de solutions envisageables 93

3.1.1 Une évolution nécessaire 93

3.1.1.1 Les enjeux en cause 93

3.1.1.2 L’incidence du choix d’une subordination juridique au détriment d’une subordination économique 94

3.1.2 Les possibles évolutions 94

3.1.2.1 Première solution : maintenir la summa divisio entre travailleur salarié et travailleur indépendant 94

3.1.2.2 Deuxième solution : créer une troisième catégorie juridique 95

3.1.2.3 Troisième solution : étendre la notion de salariat 95

3.1.2.4 Quatrième solution : la création d’un socle commun de droits sociaux applicables dans tous les rapports de travail 96

3.2 La protection du travailleur dépendant en Europe 96

3.2.1 L’Allemagne 96

3.2.2 Le Royaume-Uni 97

3.2.3 L’Italie 98

3.2.4 L’Espagne 98

3.3 La reconnaissance par le droit de la catégorie des travailleurs économiquement dépendants 99

3.3.1 La création d’une nouvelle catégorie juridique homogène 99

3.3.1.1 La solution privilégiée par Paul-Henri ANTONMATTEI et par Jean-Christophe SCIEBERRAS 99

3.3.1.2 Les critiques formulées à l’égard de cette proposition 101

3.3.2 La redécouverte de la notion de mandat d’intérêt commun au profit de cette nouvelle catégorie de travailleurs ? 102

3.3.3 Le cantonnement du droit social à l’hypothèse de la fraude à la loi ? 103

Conclusion 105

Bibliographie 108

Table des matières 111

1. SARTRE Jean-Paul (1958), Une victoire, Editions du Midi [↑](#footnote-ref-1)
2. INSTITUT MONTAIGNE (2012), « Les juges et l’économie : une défiance française » par Pierre CAHUC et Stéphane CARCILLO [↑](#footnote-ref-2)
3. INSEE, rapport « La situation du commerce en 2012 » [↑](#footnote-ref-3)
4. INSEE PREMIERE (2009), étude « Les réseaux dans le commerce » [↑](#footnote-ref-4)
5. CSA (2012), Enquête annuelle de la franchise 9ème édition [↑](#footnote-ref-5)
6. <http://www.lefigaro.fr/entrepreneur/2013/03/25/09007-20130325ARTFIG00413-la-franchise-reste-un-modele-solide-dans-la-crise.php> [↑](#footnote-ref-6)
7. TEYSSIE Bernard (1994), « Sur un fragment de la loi n° 94-126 du 11 février 1994: commentaire de l'article L. 120-3 du Code du travail », *Droit social* 1994 page 667, Dalloz [↑](#footnote-ref-7)
8. GRIGNON Philippe (2007), *Répertoire de droit du travail* « VRP (Voyageurs, Représentants, Placiers) », Dalloz [↑](#footnote-ref-8)
9. MAILLARD Sandrine (2009), «Absence de lien de subordination et statut de VRP » à propos de l’arrêt Cass. Sociale du 13 janvier 2009 n°08-40.157, *Dalloz actualité 29 janvier 2009* [↑](#footnote-ref-9)
10. FERRIER Didier (2009), *Droit de la distribution*, Litec [↑](#footnote-ref-10)
11. Cass. Soc. 18 juillet 2000 [↑](#footnote-ref-11)
12. Cass. Soc. 26 juin 1984 [↑](#footnote-ref-12)
13. Cass. Civ. 2e 21 juin 2005 [↑](#footnote-ref-13)
14. Cass. AP 18 juin 1976 [↑](#footnote-ref-14)
15. Lamy social 2013 [↑](#footnote-ref-15)
16. Cass. Soc. 13 novembre 1996 [↑](#footnote-ref-16)
17. Cass. Soc.10 juillet 1997 ou encore Cass. Soc 25 janvier 1992 [↑](#footnote-ref-17)
18. Cass. Soc. 7 décembre 1983 [↑](#footnote-ref-18)
19. Cass. Soc. 14 mars 1991 [↑](#footnote-ref-19)
20. Cass. AP. 4 mars 1983 [↑](#footnote-ref-20)
21. Cass. Soc. 19 décembre 2000 [↑](#footnote-ref-21)
22. Cass. Soc. 9 mai 2001 [↑](#footnote-ref-22)
23. Cass. Soc. 17 décembre 1992 [↑](#footnote-ref-23)
24. PESKINE Elsa et Cyril WOLMARK (2013), *Droit du travail*, Dalloz Hypercours [↑](#footnote-ref-24)
25. Cass. Soc. 6 juin 2007 [↑](#footnote-ref-25)
26. Cass. Soc. 13 novembre 1996 [↑](#footnote-ref-26)
27. Cass. civ. 6 juillet 1931 [↑](#footnote-ref-27)
28. Cass. Soc. 28 février 1991 [↑](#footnote-ref-28)
29. Cass. Soc. 19 décembre 1978 [↑](#footnote-ref-29)
30. Cass. Soc. 19 janvier 1983 [↑](#footnote-ref-30)
31. Cass. Soc 4 juin 1992 n°90-22.094 [↑](#footnote-ref-31)
32. CA Toulouse 13 octobre 2006 jurisdata n°2006/327205 [↑](#footnote-ref-32)
33. Cass. Soc. 18 janvier 2012 [↑](#footnote-ref-33)
34. FERRIER Didier (2002), « Doit bénéficier de la protection du droit social le salarié qui est subordonné juridiquement au fournisseur », *Recueil Dalloz 2002* p.3007 [↑](#footnote-ref-34)
35. CA Montpellier ch. soc. 6 janvier 1999 — D. 2001. 296 [↑](#footnote-ref-35)
36. Cass.Soc. 5 mars 1981 [↑](#footnote-ref-36)
37. Cass. Soc., 19 janvier 2012 [↑](#footnote-ref-37)
38. Cass. Soc. 15 février 2012 n° 10-21897 [↑](#footnote-ref-38)
39. Cass. Soc. 19 mai 2010 n°09-42.614 [↑](#footnote-ref-39)
40. CA Paris 3 novembre 1977 [↑](#footnote-ref-40)
41. AMIEL-COSME Laurence (1997), « Requalification d’un contrat de franchise en contrat de gérance salariée par application de l’article L. 781-1, 2° du code du travail », Recueil Dalloz 1997 [↑](#footnote-ref-41)
42. Cass. Soc. 30 mai 1969 [↑](#footnote-ref-42)
43. Cass. Soc. 27 févr. 1974 [↑](#footnote-ref-43)
44. Cass. Soc. 22 décembre 1988 [↑](#footnote-ref-44)
45. Cass. Soc. 13 janvier 2010 n°09-41.644 [↑](#footnote-ref-45)
46. Soc. 4 déc. 2001 [↑](#footnote-ref-46)
47. Cass. Soc. 4 décembre 2001 n°99-41.265 numéro Jurisdata 2001-012007 [↑](#footnote-ref-47)
48. Soc. 25 févr. 1998 [↑](#footnote-ref-48)
49. La semaine juridique social n°5, 31 janvier 2006 « L’application du droit du travail aux travailleurs indépendants : un régime juridique cohérent ? » [↑](#footnote-ref-49)
50. Cass. Soc 13 janvier 1972 [↑](#footnote-ref-50)
51. PESKINE Elsa (2008), « Entre subordination en indépendance : en quête d’une troisième voie », *Revue de droit du travail 2008* p.371 [↑](#footnote-ref-51)
52. Soc. 13 janv. 1972 [↑](#footnote-ref-52)
53. Cass. Soc. 15 mai 1952 [↑](#footnote-ref-53)
54. ANDRE Marie-Elisabeth, « Gérants-mandataires de succursales », *J.-Cl. Fonds de commerce*, fasc. 1760, no 66 [↑](#footnote-ref-54)
55. Cass. Soc 4 mars 1964 [↑](#footnote-ref-55)
56. Cass. Soc. 7 juin 1967 [↑](#footnote-ref-56)
57. Cass. Soc. 13 juillet 2004 [↑](#footnote-ref-57)
58. LAHALLE Thibault (2006), « Qui peut agir en reconnaissance de la qualité de gérant de succursale ?», *La semaine juridique social n°28* [↑](#footnote-ref-58)
59. Cass. Soc. 9 mars 2011 n°09-42.901 [↑](#footnote-ref-59)
60. Cass. soc. 9 avril 2002 n° 00-42.657 [↑](#footnote-ref-60)
61. Cass. Soc. 4 nov. 1998, Juris-Data no 002560  [↑](#footnote-ref-61)
62. Cass. Soc. 8 mars 2006 [↑](#footnote-ref-62)
63. CA Bordeaux chambre sociale section A 8 février 2011 [↑](#footnote-ref-63)
64. CA Montpellier ch. soc. 6 janvier 1999 — D. 2001. 296 [↑](#footnote-ref-64)
65. Cass. Soc. 2 mars 2010 [↑](#footnote-ref-65)
66. Cass. Soc. 31 octobre 1989 [↑](#footnote-ref-66)
67. LAHALLE Thibault (2013), « Application de la législation du travail aux gérants non-salariés de succursales », *La semaine juridique social n°29*

    LAHALLE Thibault (2010), « Application de la législation du travail aux gérants non-salariés de succursales », *La semaine juridique social n°8*  [↑](#footnote-ref-67)
68. Cass. soc., 26 févr. 1992 : Bull. civ. 1992, V, n° 133 [↑](#footnote-ref-68)
69. Cass. Soc. 11 oct. 2011, no 10-86.944 [↑](#footnote-ref-69)
70. Cass. Soc. 28 sept. 2011, no 10-21.294  [↑](#footnote-ref-70)
71. Cass. Soc. 14 oct. 2009, no 08-42.792  [↑](#footnote-ref-71)
72. Cass. Soc. 20 juill. 1977 [↑](#footnote-ref-72)
73. Cass. Soc. 25 février 1998 n°95-44.096 [↑](#footnote-ref-73)
74. Cass. Soc. 15 nov. 1989 [↑](#footnote-ref-74)
75. Cass. Soc. 15 octobre 1987 n°84-40.665 [↑](#footnote-ref-75)
76. Cass. Soc. 8 déc. 2009 n°08-42.089 [↑](#footnote-ref-76)
77. Cass. Soc. 18 oct. 1972 [↑](#footnote-ref-77)
78. Cass. Soc. 4 déc. 1990 [↑](#footnote-ref-78)
79. Cass. Soc. 25 févr. 1998 [↑](#footnote-ref-79)
80. Cass. Soc. 13 mars 2001 [↑](#footnote-ref-80)
81. Cass. Soc 18 janvier 2012, pourvoi n° 10-16342 ou encore CA Nîmes 9 mai 2007 [↑](#footnote-ref-81)
82. BINDER Olivier, « Le mythe de la propriété de la clientèle», *AJDI 2001* [↑](#footnote-ref-82)
83. CA Paris 16e ch. 6 février 1996 [↑](#footnote-ref-83)
84. Cass. Com. 27 mars 2002 [↑](#footnote-ref-84)
85. CA Versailles, 9 juin 2011, n° 10/03622 [↑](#footnote-ref-85)
86. C.C Décision 98-401 DC [↑](#footnote-ref-86)
87. C.C 13 juin 2013 n°2013-672 DC [↑](#footnote-ref-87)
88. C.C Décision n°81-132 DC [↑](#footnote-ref-88)
89. Cass. Soc. 5 décembre 2012 pourvois n°11-22.168 et 11-22.365 [↑](#footnote-ref-89)
90. Cass. Soc. 5 décembre 2012 n°11.221-68 et n°11.20-460 [↑](#footnote-ref-90)
91. Article L.442-5 du Code de commerce [↑](#footnote-ref-91)
92. Cass. Civ 2ème 8 novembre 2012 n°11-23.638 [↑](#footnote-ref-92)
93. Cass. Soc. 21 février 2007 [↑](#footnote-ref-93)
94. Cass. Soc. 25 février 2009 n°07-40.371 [↑](#footnote-ref-94)
95. Cass. Soc. 21 février 2007 [↑](#footnote-ref-95)
96. MAINGUY Daniel (2013*), «*Faut-il brûler le droit de la distribution », *Recueil Dalloz 2013* p.1222 [↑](#footnote-ref-96)
97. FERRIER Didier (2009), *Droit de la distribution*, Litec [↑](#footnote-ref-97)
98. Cass. Soc. 13 novembre 1996 [↑](#footnote-ref-98)
99. Cass. Com. 12 février 2013 n°12-13.603 [↑](#footnote-ref-99)
100. Selon la formulation du Professeur Didier FERRIER [↑](#footnote-ref-100)
101. Cass. Com 14 janvier 2003 [↑](#footnote-ref-101)
102. CA Versailles 27 janvier 2000 [↑](#footnote-ref-102)
103. Cass. Com 7 janvier 2004 [↑](#footnote-ref-103)
104. CA Douai 21 novembre 2000 [↑](#footnote-ref-104)
105. Cass. Com 4 octobre 2011 n° 10-20956 [↑](#footnote-ref-105)
106. Article 5 du règlement communautaire n°330/2010 du 20 avril 2010 [↑](#footnote-ref-106)
107. Cass. Com 7 avril 1992 [↑](#footnote-ref-107)
108. Cass Com 17 mars 2004 [↑](#footnote-ref-108)
109. CHAUVEL Patrick (2012), « Commissionnaire », *Répertoire Dalloz de droit commercial* [↑](#footnote-ref-109)
110. Cass. Com. 2 nov. 1954 [↑](#footnote-ref-110)
111. CA Paris, 28 oct. 1981 [↑](#footnote-ref-111)
112. Cass. Com. 7 mai 1962 [↑](#footnote-ref-112)
113. [↑](#footnote-ref-113)
114. CA Paris, 20 oct. 1993 [↑](#footnote-ref-114)
115. BONNET DESPLAN Marie-Pierre (2011), « La commission-affiliation : la menace des requalifications. De l’agent commerciale au gérant de succursale », *Revue Lamy droit des affaires 2011* [↑](#footnote-ref-115)
116. CA Bordeaux chambre sociale section A 8 février 2011 n°10/02463 [↑](#footnote-ref-116)
117. CA Bordeaux chambre sociale section A 8 février 2011 n°10-02.463 [↑](#footnote-ref-117)
118. DISSAUX Nicolas (2010), « La gérance-mandat : une troisième voie ? », *Recueil Dalloz 2010* p. 667 [↑](#footnote-ref-118)
119. ASSEMBLE NATIONALE (2010), *Rapport de l’Assemblée Nationale n°2388* page 134 [↑](#footnote-ref-119)
120. Cass. 28 janvier 2012 n°10-16342 [↑](#footnote-ref-120)
121. DALMASSO Raphaël (2011), « Salariés, travailleurs indépendants et travailleurs économiquement dépendants : vers une troisième catégorie juridique régissant la relation de travail ? », Presse universitaire de Nancy [↑](#footnote-ref-121)
122. Cass. Soc. 13 novembre 1996 [↑](#footnote-ref-122)
123. COMMISSION EUROPEENNE (2003), « Travail économiquement dépendant / parasubordination: les aspects juridiques, sociales et économiques » par Adalberto PERRULLI [↑](#footnote-ref-123)
124. ANTONMATTEI Paul-Henri et Jean-Christophe SCIEBERRAS (2008), « Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ? » [↑](#footnote-ref-124)
125. COMMISSION EUROPEENE (2006), Livre vert « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du 21ème siècle » [↑](#footnote-ref-125)
126. BARTHELEMY Jacques (2008*),* « Du droit du travail au droit de l’activité professionnelle » *Cahiers du DRH juin 2008* n°144 p.35 [↑](#footnote-ref-126)
127. Cass. Com 2 juillet 1979 [↑](#footnote-ref-127)
128. CA Paris 6 novembre 1975 [↑](#footnote-ref-128)
129. Evolutions du droit social « une tendance à la contractualisation mais un rôle accru des droits fondamentaux du travailleur » Jacques BARTHELEMY Lamy Axe droit 2009 [↑](#footnote-ref-129)